

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO
CONTRA
INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2.019)

Agotadas las etapas procesales previstas en la ley de arbitramento (Ley 1.563 de 2.012) y en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cumplidos los requisitos de eficacia de la relación procesal (presupuestos procesales), no estando este nexo contaminado por motivos de nulidad y llegada la etapa dispuesta para el efecto, procede este tribunal a proferir el laudo arbitral con base en el cual se desate el litigio existente entre **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, convocante, e **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, convocada; para lo cual, previamente a la presentación de los considerandos de lo que se decida, se exponen los siguientes prolegómenos:

ANTECEDENTES

(1) El dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), mediante apoderado judicial, **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ** presentó demanda arbitral con base en la cual convocó a proceso de esta naturaleza a la sociedad mercantil **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**; líbelo introductorio que fue oportunamente subsanado, pues fue inadmitido por auto del siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2.019), siendo a la postre admitido según auto del veintiuno (21) de febrero del mismo año; para luego ser modificado mediante demanda reformatoria radicada el trece (13) de mayo del calendado en curso; inadmitida por auto del veintiuno (21) de mayo del mismo año; la cual, por haber sido adecuada y oportunamente subsanada mereció providencia admisorio del veintinueve (29) de los mismos mes y año; habiendo el actor, en el líbelo reformatorio, solicitado de este tribunal arbitral que, declare que **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.** y **LUIS CARLOS BOTERO** suscribieron un contrato de suministro, con vigencia a partir del diez (10) de mayo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

de dos mil trece (2.013); declare que dicho acuerdo fue incumplido por la convocada; consecuentemente lo declare resuelto y con base en la Cláusula Décima Quinta (15ª) del instrumento contractual contentivo de las reglas aplicables a esta relación contractual condene a la encartada al pago de la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$ 1.758.482.000.00), a título de penalidad; siendo adicionada la anterior prestación dineraria con intereses comerciales moratorios; condene a la demandada al pago del impuesto de industria y comercio a cargo del demandante, por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015), lo cual asciende a la suma de QUINIENTOS VEINTITRÉS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$ 523.258.981.00); y, finalmente, condene a la demandada al pago de costas procesales, incluyendo en ellas las agencias en derecho.

De modo subsidiario y como “...consecuencia de las pretensiones 1, 2 y 3 principales...”; vale decir, como secuela de la prosperidad de las peticiones atañederas con la declaración de existencia del mencionado contrato de intermediación comercial, su incumplimiento por la convocada y su decreto de resolución, solicitó la convocante en ese mismo escrito que, se declare que la demandada está obligada a pagar los perjuicios materiales e inmateriales causados, de conformidad con la cuantía que se demuestre en el proceso; se actualicen estas condenas de resarcimiento de daños y se le condene al pago de las costas procesales, incluyendo agencias en derecho, “...u otras y/o similares pretensiones...”.

(2) Como soporte fáctico de sus aspiraciones, sintetizando la extensa y pormenorizada narración que se lee en el líbello genitor del proceso y destacando los hechos fundamentales para la controversia, relató el convocante que, **(a)** Con **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** perfeccionaron un contrato de suministro para la distribución del producto identificado con la marca Coca Cola® y otros, que inicialmente se extendía hasta el diez (10) de mayo de dos mil trece (2.013); el cual se prorrogó en varias ocasiones, siendo plazo de expiración, acorde con la última prórroga, el nueve (9) de mayo de dos mil diecisiete (2.017); **(b)** Que, ese contrato fue terminado de manera unilateral, anticipada y antijurídica por parte de la convocada, mediante comunicación del siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016); **(c)** Que, con ocasión del acto de entrega de esa nota escrita de terminación, la proveedora le ofreció la suma de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 145.000.000.00), a cambio de una terminación convencional o consensuada del

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

vínculo negocial, siendo rehusada en el acto de oírse; actitud en vista de la cual, la relación contractual terminó a partir del ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2.016), por virtud de la unilateral decisión de la encartada; determinación que comportó incumplimiento contractual, pues no se cumplió el término de duración del preaviso que en su momento las partes acordaron para efectos del ejercicio por **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** de la facultad de terminación unilateral del vínculo contractual, en cualquier tiempo y sin generación de compromisos de resarcimiento de daños (Cláusula 21, del escrito contractual); infracción a la cual se sigue la exigibilidad de la cláusula penal estipulada en el respectivo instrumento contractual (Cláusula 15), cuya cuantía corresponde al duplo del promedio mensual de ventas de los últimos doce (12) meses y que pese a que fue solicitado su pago mediante escrito del dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciséis (2.016), no ha sido hasta la fecha cancelada; estimándose el monto de esta prestación penal en MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$ 1.758.482.000.00); **(d)** Que, extinto el vínculo negocial, la convocada indebidamente tomó decisiones relativas al establecimiento de comercio que el actor explotaba, valorado en SETECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 700.000.000.00), al colocar sus elementos en manos del señor **FELIPE INSUASTY PALACIOS**, quien tomó su relevo como distribuidor de las bebidas y quien por ende hizo uso no autorizado de los elementos que integraban esa hacienda o fondo de comercio, entre ellos y en especial, los equipos de cómputo y siete (7) vehículos repartidores de los productos; todos los cuales, a instancias de la proveedora el actor en su momento compró para la atención de la actividad distribuidora y que hasta la fecha no ha podido recuperar; **(e)** Que, al asumir la distribución de las bebidas que le proveía la convocada, el aquí reclamante tuvo que capacitarse para el efecto, contratar el personal que la operación demandaba y adquirir los elementos que la operación requería, en particular los automotores de reparto, para cuya compra la convocada le facilitó los recursos en dinero que se necesitaban, que pagaba mediante descuentos con cargo a las planilla de liquidación; **(f)** Que, la entidad rea de las pretensiones de la demanda reformada pagaba el impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) a su cargo, previa cuantificación que efectuaba la compañía encargada del outsourcing contable – tributario de sus actividades empresariales, **BPO CONSULTING S.A.S.**, cuya contratación le fue impuesta por **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**; con lo cual, la parte contractual proveedora tenía el control de los movimientos contables de su distribuidor ahora demandante; contratista cuyos servicios fueron prestados hasta el ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2.016), data en la cual el prestador de los servicios, también actuando unilateralmente, puso punto final a la relación contractual; **(g)** Que, el personal que, bajo contrato

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

de trabajo le colaboraba en las actividades distribuidoras, fue presionado para que renunciara ante **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** y se vinculara laboralmente con **FELIPE INSUASTY PALACIOS**, con estribo en amenaza consistente en que de no obrar como se les solicitaba, no volverían a tener vínculos con la demandada; **(h)** Que, en consideración a las modalidades conductuales asumidas por la convocada al extinguirse el multicitado contrato, **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** perdió su información empresarial; en especial el soporte lógico que por él desarrollado le servía para liquidar las "rutas de venta"; software que pasó a ser utilizado por el nuevo distribuidor; todo lo cual, le causó la pérdida de su clientela; apropiación indebida que también se extendió a la cartera no mayor a quince (15) días y que el convocante tenía pendiente de recaudo, por valor cercano a los TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 30.000.000.00); guarismo que solo parcialmente pudo recuperar; **(i)** Que, por causa de esas conductas impropias con las cuales se le victimizó, presentó denuncia penal ante la autoridad competente; **(j)** Que, en la actualidad, por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) debe **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** lo pertinente al año dos mil dieciséis (2.016), cuya liquidación quedó pendiente de aprobación; y, en punto de los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015), si bien eso fue pagado por la convocada, el municipio de Pasto generó requerimientos que determinaron la corrección de las correspondientes declaraciones tributarias; estando este episodio pendiente de agotamiento; **(k)** Que, al finalizar la relación de negocios que ligaba a las partes en conflicto, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** reclamó a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** el pago íntegro de lo que este último le debía, a lo cual el convocante procedió, no sin mucho esfuerzo; en mérito de lo cual, a su favor se expidió por la convocada un paz y salvo por todo concepto, consignado en escrito de fecha nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2.016); no obstante lo cual, con grave perjuicio para él, la convocada, pese a que tal cosa se le ha solicitado por escrito, se ha rehusado a cancelar el gravamen hipotecario que sobre un apartamento suyo, sito en Pasto, constituyó tiempo atrás, en garantía de las obligaciones que asumiera a favor de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**; **(l)** Que, están pendientes de pago los valores que arrojaron las operaciones liquidatorias de los contratos de trabajo que ejecutaba con sus empleados; y, finalmente, **(m)** Que, toda esta situación, ha afectado emocionalmente a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, de manera tan grave, que su conducta familiar y social ha resultado severamente afectada, siendo el caso que se le asista por persona experta en psicología y psiquiatría.

(3) Apropósito de los hechos consignados en el escrito reformativo de la demanda, la convocada, al darles contestación, explícitamente admitió como

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

ciertos el perfeccionamiento por las partes en controversia, del contrato de distribución fuente del conflicto; la existencia a favor de la convocada, de la facultad de poner fin de modo unilateral al nexo contractual, la presencia de una cláusula penal en el marco de la estipulación décima tercera (13ª) del instrumento contractual contentivo del acuerdo; la emisión de una comunicación del veintitrés (23) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), en la cual la convocada manifestó que se abstenía de pronunciarse en derredor del reclamo de la convocante, pertinente al pago de esa cláusula penal; la existencia de una comunicación del diecinueve (19) de noviembre de dos mil diecinueve (2.019), en la cual la convocada remitió a la decisión de la justicia los temas pertinentes con el pago de la cláusula penal, el pago del impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) referente a varios periodos y el levantamiento de la hipoteca gravitante sobre un apartamento de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**; la adquisición de varios activos por parte del convocante, con recursos que le prestó la convocada; el pago por el convocante, de la remuneración a favor de quien prestaba los servicios de outsourcing contable-tributario y la terminación del acuerdo fuente de esta prestación, por la unilateral decisión del prestador de los servicios; la existencia de un denuncia penal formulado por **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, la incorrecta liquidación, por varios periodos, del impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) a cargo del convocante, ante lo cual la convocada, dijo, no tiene responsabilidad alguna; el incumplimiento por el convocante, de obligaciones laborales para con sus empleados y la existencia del gravamen hipotecario narrado en los hechos de la demanda, que continúa vigente; dijo no constarle varios hechos relevantes para la controversia, tales como la fecha hasta la cual por última vez se prorrogó la relación contractual de distribución existente entre los contendientes, los detalles bajo los cuales se adelantó la reunión en la cual a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** se le notificó la decisión de terminación del acuerdo, los detalles de la pretérita relación laboral entre los que aquí litigan, las actividades que previamente al inicio de la tarea de distribuidor realizó el convocante para prepararse para el efecto y la planta de personal con la que para ello debió contratar; la insuficiencia de las utilidades generadas por la operación del convocante, para atender el pago del impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.); la creación de una base de datos por parte de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, la existencia de un establecimiento de comercio creado por este señor, en derredor de sus operaciones de distribuidor; los detalles del denuncia penal presentado por el convocante (hechos narrados, pruebas adjuntas, etc.), los pendientes de trabajo a cargo del prestador del servicio de outsourcing contable-tributario, al terminarse esa relación de servicios; el incremento de sus ventas, en los porcentajes indicados por **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, la condición anímica del convocante, luego de extinto el convenio de distribución; las

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

incidencias familiares y sociales que siguieron a tal hecho, la asesoría profesional (psicológica y psiquiátrica) por él recibida para afrontar su situación, así como su prestigio social en la ciudad de pasto; negando la veracidad de los restantes hechos, en particular los que consisten en inconductas imputadas a la convocada.

Por añadidura, en esta misma pieza de respuesta a la demanda reformada, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** objetó el juramento estimatorio contenido en esta última, explicando las razones por las cuales no pueden ser atinados el monto estimado como pena por **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, ni la cuantía reclamada por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.), ni la tasación de la indemnización ordinaria de daños.

(4) En su oportuna contestación de la demanda reformada, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones allí postuladas, salvedad hecha de la primera principal, pertinente a la declaración de haber los contendientes suscrito un contrato de suministro, con vigencia a partir del diez (10) de mayo de dos mil trece (2.013); respecto de la cual expresamente se allanó; acto seguido proponiendo excepciones de fondo o mérito que dividió en dos grupos, principales y subsidiarias; haciendo parte del primer colectivo las que denominó, “terminación del contrato por mutuo acuerdo”, basada en que el hecho jurídico que extinguió el indicado contrato mercantil de intermediación fue la común voluntad de los contratantes; “inexistencia de la obligación de indemnizar”, sustentada en que están ausentes los presupuestos axiológicos de toda pretensión de resarcimiento de daños; “incumplimiento contractual previo por parte del señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**”, pertinente en cuanto y en tanto que el convocante, con anterioridad al siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016), incurrió en varias conductas constitutivas de incumplimiento contractual; “culpa de la víctima”, procedente en vista de que el convocante con sus infracciones contractuales generó la ocasión para la terminación del acuerdo; “inexistencia de daño”, fundamentada en que, “...*Al no haber hecho generador de responsabilidad, lógicamente no hay un daño que deba ser indemnizado...*”; “pacta sunt servanda – renuncia del actor a indemnizaciones”, que se apoya en que de modo explícito **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** renunció al reconocimiento de indemnizaciones por parte de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**; “ausencia de establecimiento de comercio y de expropiación a su propietario”, procedente porque el convocante no ha acreditado ser propietario de una hacienda o fondo de comercio, que, por lo demás, jamás le fue expropiada, pues no ha intervenido acto alguno de privación de la propiedad, a cambio de una indemnización; “ausencia de obligación de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.** de asumir y pagar el impuesto ICA

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

de la convocante”, basada en que no existe obligación legal o convencional a cargo de la convocada, en el sentido de pagar esta expensa fiscal; “buena fe de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.**”, la cual se basa en que esta parte en litigio siempre actuó de buena fe y no ha incurrido en esas conductas impropias que en la demanda reformada le son imputadas; y, “temeridad y mala fe procesal”, en su concepto procedente en la medida en que son apreciables varias circunstancias reñidas con este postulado, como lo son, inflar artificialmente la cuantía de la demanda, abusar del derecho de acción, manipulación de los hechos, entre otras inconductas; e integrando el segundo grupo las que llamó “excepción de contrato no cumplido”, con estribo en que **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** incumplió lo estipulado con la convocada; en particular lo acordado en las cláusulas 1ª, parágrafo primero 1º; 11.5 y 28, del instrumento contractual suscrito por los contendientes; “inaplicabilidad de la cláusula penal”, porque la que se estipuló es del tipo de las de apremio y por ello no aplica a relaciones contractuales extintas, debiendo serlo a las que están en curso; amén de que la prestación penal consignada en este canon es indeterminada, dado que, la cuantía de la pena no está allí determinada, ni los factores en esta estipulación consignados para cuantificarla hacen practicable el ejercicio de determinarla; “ausencia de constitución en mora”, que se soporta en que hasta la fecha no se han ejecutado las actividades requeridas para constituir a la convocada en estado de morosidad; “economía del contrato y expectativa de ejecución contractual”; defensa cuya significación es que, acorde con la manera como los contratantes en su oportunidad estructuraron el tiempo de vigencia de la relación contractual y la manera de ponerle fin anticipadamente al vencimiento del plazo de duración, el periodo de causación de los daños que pudieran ser causados a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** no puede proyectarse más allá de quince (15) días, por ser ese lapso el correspondiente al periodo de preaviso que se alega como omitido; “lesión enorme de la cláusula penal pretendida”, que es procedente porque no existe proporcionalidad entre el guarismo que a título de pena se reclama, con la cuantía de la lesión que padecería por efecto de no habersele dado el tiempo completo del preaviso estipulado; “facultad moderadora del honorable tribunal arbitral sobre la cláusula penal pretendida”, consistente en que, consecuentemente con lo apuntado en la excepción de mérito precedente, compete a este tribunal arbitral moderar la cuantía de la penalidad, si es que considera que debe ordenarse su pago a la convocada; y, finalmente, la llamada excepción “genérica”, por virtud de la cual se aspira a que en el laudo arbitral con el que se dirima el conflicto se reconozca la efectividad enervante de las pretensiones, por parte de cualquier hecho que tendiendo esa eficacia, resulte acreditado en los autos del proceso.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

(5) En la oportunidad procesal de la cual **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** dispuso para contestar la demanda reformada, aprovechó para contrademandar al actor, en procura de que este tribunal arbitral declare que el negocio contractual de intermediación comercial entre ellos ajustado estuvo vigente hasta el siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016); que el demandante está obligado a pagarle la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE (\$ 74.009.635.00), a cuenta de deudas que contraídas por el reconvenido, emergentes del supradicho acuerdo de aprovisionamiento, éste no le ha pagado; y, que el demandado en reconvención debe pagar los intereses moratorios causados por el capital de esta deuda, a la tasa máxima moratoria autorizada por la ley colombiana para créditos ordinarios de libre asignación, certificada por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, por el periodo comprendido entre el primero (1o) de agosto de dos mil dieciséis (2.016) y la fecha en la que se verifique el pago; solicitando en subsidio de lo anterior, que se declare que el convocante está obligado a pagarle las sumas que se demuestren con motivo de este proceso, más el valor que corresponda a la actualización monetaria; rematando la presentación de sus pedimentos, pidiendo que se condene al actor a pagar las costas procesales y las agencias en derecho.

(6) Como base factual de sus aspiraciones, la demandante en reconvención narró que, los aquí litigantes concertaron un negocio contractual de suministro, que estuvo en vigor hasta el siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016); que, durante la vigencia de ese negocio el convocante contrajo deudas pecuniarias con la convocada, pues esta última le prestó sumas de dinero para la compra de unos motocarros y el pago de unas primas de seguros; que, el siete (7) de junio de ese mismo año, realizado un corte de las cuentas recíprocas existentes entre las partes, resultó un valor a cargo de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, con quien convino la contrademandante que, del monto total resultante, una parte, esto es, la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL PESOS MCTE (\$ 57.376.800.00), fuera asumida por un tercero, señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**, para ser el saldo pagadero directamente por el deudor a la acreedora, quedando de esta manera totalmente liberado el actor; que, en vista de esos acuerdos, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** extendió un paz y salvo a favor de su ahora contraparte procesal; que, habiendo **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS** asumido esa obligación, a cambio de que el actor le transfiriera unos vehículos y otros activos que el demandante venía utilizando en sus actividades de reventa de bebidas, autorizando de paso que esos bienes pudieran inmediatamente ser utilizados por el comprador, todos estos acuerdos fueron incumplidos por el actor; inejecución

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

por virtud de la cual, una vez más el demandante se convirtió en deudor de la demandada, por un valor que, acorde con certificación por la convocada expedida el siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2.019), asciende a SETENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE (\$ 74.009.635.00), actualmente insoluta.

(7) Al contestar la demanda de mutua petición, el reconvenido dijo ser ciertos los hechos atañedores con la celebración del contrato mercantil de intermediación y con las deudas por él contraídas para con el reconviniente, por concepto de préstamos para la compra de motocicletas y pago de primas de seguros; parcialmente cierto el relacionado con la emisión de una certificación de deuda por parte de la convocada, con fecha siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2.019), del cual reconoció el hecho en sí mismo de la generación del supradicho certificado, pero negando que se debiera algo a la demandada; y negó la veracidad de todos los demás.

Llama la atención que, en este memorial, el actor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** no invocó excepción de fondo alguna.

**EL PACTO ARBITRAL QUE SIRVE DE FUNDAMENTO A LA COMPETENCIA
DE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL**

(8) Este laudo arbitral se profiere con apoyatura en la Cláusula Compromisoria consignada en el Canon Vigésimo Tercero (23ª) del escrito que instrumenta el negocio contractual antecedente de la controversia, que reza, como sigue: *"...VIGÉSIMA TERCERA: ARBITRAMENTO. – Toda controversia o diferencia relativa a la ejecución o en general cualquier tipo de diferencia que surja entre las Partes como consecuencia de este Contrato, se procurará resolver mediante acuerdo directo. En caso que las Partes no lleguen a un acuerdo, las controversias que surjan entre las Partes serán resueltas por un tribunal de arbitramento que se llevará a cabo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal estará sujeto a los reglamentos del Centro de Arbitraje y Conciliación, estará integrado por un árbitro único designado por las Parte de común acuerdo. En caso que la designación de común acuerdo no fuere posible, el árbitro será nombrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá por expresa delegación de las Partes. El tribunal decidirá en derecho y sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los costos de administración y operación, así como los honorarios de los árbitros serán pagados por las Partes y en la forma que establezca el Tribunal de Arbitramento..."*

EL DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

(9) El dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2.018), el convocante presentó escrito de demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**; en vista de lo cual esta corte de arbitraje, mediante sorteo público designó como árbitro único al abogado **ÉDGAR AUGUSTO RAMÍREZ BAQUERO**, quien oportunamente aceptó esta designación.

(10) Superada la etapa de integración del Tribunal Arbitral, el siete (7) de febrero de dos mil dieciséis (2.016) se llevó a cabo Audiencia de Instalación; evento con ocasión del cual fue designada como secretaria la abogada **MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ**, quien oportunamente aceptó este nombramiento (Auto No 1).

En esta misma ocasión, calificada la demanda originadora del proceso, fue inadmitida y otorgado al actor el término legal pertinente para su subsanación (Auto No 2); acto procesal que el demandante cumplió oportunamente, al radicar su memorial de enmienda el doce (12) de febrero del mismo año; con lo cual este tribunal admitió la demanda, por auto del veintiuno (21) de febrero del mismo calendario, en el cual, por lo demás, para lo de rigor, a la convocada se le corrió traslado de la pieza procesal admitida; habiendo el extremo pasivo de la relación procesal contestado el libelo originador del proceso, por escrito presentado el veinte (20) de marzo del presente año; como que también aprovechado la ocasión para elevar demanda de mutua petición, que fuera admitida el veintiséis (26) de marzo de la misma anualidad y contestada el veinticinco (25) de abril del mismo año; y, como quiera que la parte convidada al proceso formulara excepciones de mérito y objetara el juramento estimatorio vertido en la demanda, a la parte convocante le fue corrido el traslado de rigor.

(11) Mediante memorial arrimado a los autos del proceso el trece (13) de mayo de dos mil diecinueve (2.019), el demandante reformó íntegramente la demanda; siendo inadmitida el veintiuno (21) de mayo del mismo calendario; y subsanada mediante escrito incorporado al expediente el veintinueve (29) de los mismos mes y año; libelo reformativo al cual el extremo convocado dio oportuna respuesta con base en memorial del trece (13) de junio de la anualidad que transcurre; y, como en este último escrito la compañía encartada de nuevo propusiera excepciones de mérito y objetara la estimación jurada consignada en la demanda modificada, de estos medios de defensa y de esta glosa se dio curso a la parte actora, para lo procedente.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

(12) Agotada la etapa expositiva del proceso y no habiendo intervenido pedido conjunto de las partes en orden al adelanto de la instancia conciliatoria, en audiencia del dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2.019) procedió este Tribunal Arbitral a cuantificar los valores dinerarios correspondientes a los costos del proceso (honorarios y gastos de funcionamiento y administración y otros); los cuales oportunamente fueron consignados por las partes.

(13) Realizada la primera audiencia de trámite el doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2.019), amén de declararse competente para abordar el estudio y enjuiciamiento íntegro del petitum, tanto de la demanda reformada, como de la contrademanda, este Tribunal Arbitral decretó las pruebas solicitadas por las partes en sus escritos de la fase expositiva, salvedad hecha de algunas de ellas.

(14) Abierto el proceso a su instrucción, mediante audiencias realizadas los días quince (15) de agosto, veintiocho (28) de agosto, cuatro (4) de septiembre y once (11) de septiembre, siempre del dos mil diecinueve (2.019), se escuchó la declaración de parte del actor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, así como las declaraciones testimoniales rendidas por **ALICIA CASTRO LÓPEZ, DIANA JIMÉNEZ, HUGO ALEXANDER DORADO, NIDIA RUÍZ GÓMEZ, JUAN CAMILO ARELLANO, JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ, MARIO DANIEL DORADO FLÓREZ, HENRY GÓMEZ, ALFONSO ARISTIZÁBAL PALACIO, WILLIAM ORTIZ JIMÉNEZ y LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS.**

(15) Clausurada la etapa de instrucción procesal, el treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2.019) se llevó a cabo la Audiencia de Alegaciones; durante la cual los apoderados judiciales de las partes expusieron sus conclusiones probatorias y basados en ellas sus puntos de vista en derredor de este litigio; para lo cual este Tribunal Arbitral, a cada uno concedió un espacio de una hora; quedando de esta manera cerrada la fase procesal de alegaciones.

**TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO Y OPORTUNO PRONUNCIAMIENTO
DE ESTA DECISIÓN ARBITRAL**

(16) Como las personas ahora en conflicto, en el pacto arbitral del cual este Tribunal Arbitral deriva su competencia, nada estipularon en punto del término de duración del proceso, al aplicar lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1.563 de 2.012, se sigue que en el presente asunto este tribunal está compelido a pronunciar su decisión dentro de los seis (6) meses siguientes al cierre de la primera (1ª) audiencia de trámite; plazo dentro del cual debe igualmente, de ser el

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

caso, proferir y notificar una eventual providencia por la cual que aclare, corrija o adicione el presente laudo.

De consiguiente, como los temas de la primera (1ª) audiencia de trámite fueron evacuados el doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2.019), de no intervenir causas de suspensión y, considerando lo dispuesto en el artículo 118 del Código General del Proceso, el término en estudio estaría llamado a vencer el doce (12) de febrero de dos mil veinte (2.020).

Ahora bien, dado que el supradicho término en varias ocasiones experimentó el fenómeno de la suspensión, todas las veces por pedido concertado de los disputante, siendo ellas, entre el dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2.019) y el veintisiete (27) de los mismos mes y año; el veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2.019) y el tres (3) de septiembre de la misma anualidad; y el cinco (5) de septiembre de dos mil diecinueve (2.019) y el diez (10) del mismo año, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1.563 de dos mil doce (2.012), el término en estudio se extiende hasta el cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2.020).

**PRESUPUESTOS PROCESALES E INEXISTENCIA DE MOTIVOS DE NULIDAD
PROCESAL**

(17) Los requisitos de eficacia de la relación procesal, que la literatura denomina “presupuestos procesales”, se encuentran todos satisfechos en el presente trámite. En efecto, en tratándose de la llamada “demanda en forma”, en lo que respecta con la elevada por la parte convocante, este tribunal, en su momento, al admitir la demanda reformada expresó los reparos que estimó que impedían su admisión, todos los cuales fueron debida y oportunamente superados mediante escrito integrado de subsanación; y en punto de la de reconvención, no han sido identificados defectos que impidan su abordaje; en punto de la competencia, el asunto fue *in extensum* afrontado con ocasión de la primera (1ª) audiencia de trámite, sin que durante el avance de la actuación procesal se observen motivaciones para modificar las apreciaciones que en ese momento sirvieron de fundamento a la providencia de asunción competencial; en lo que atañe con la capacidad para ser parte, siendo todos los que participan en el debate sujetos de derecho, cuya existencia está de bulto en los autos del proceso, *a fortiori* no puede por este aspecto haber reparos; y, finalmente, en materia de capacidad para comparecer a proceso, comoquiera que quienes lo han hecho se han prevalido de profesionales del derecho debidamente facultados para el efecto, tampoco puede elevarse tacha al respecto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

(18) Como ninguna de las causales que señaladas en el artículo 133 del Código General del Proceso hace presencia en los autos del proceso, contaminando con ella la pureza de la relación procesal, no hay motivo para que se decrete la nulidad de la actuación o se provea al saneamiento de ella. La relación procesal es pues impecable.

CONSIDERACIONES

**LAS TACHAS DE PARCIALIDAD PROPUESTAS CONTRA LOS TESTIMONIOS
DE GLORIA ALICIA CASTRO, ALFONSO ARISTIZÁBAL PALACIO, HENRY
GÓMEZ, HUGO ALEXANDER DORADO, DIANA JIMÉNEZ Y LUIS FELIPE
INSUASTY PALACIO**

(19) Por la gran importancia que la prueba pericial tiene en la decisión que se va a tomar en este laudo arbitral, se estima necesario abordar preliminarmente el asunto que atañe con las tachas de parcialidad que con basamento en el artículo 211 del Código General del Proceso los apoderados de ambas partes en litigio elevaron contra las declaraciones presentadas por algunos testigos, así: el procurador judicial de la parte demandante principal, contra la que fue rendida por **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIO**, y el representante procesal del actor en reconvención, contra las emitidas por **GLORIA ALICIA CASTRO, ALFONSO ARISTIZÁBAL PALACIO, HENRY GÓMEZ, HUGO ALEXANDER DORADO y DIANA JIMÉNEZ**; a lo cual acto seguido se procede.

(20) Según el artículo 211 del Código General del Proceso, las partes tienen la facultad procesal de manifestar ante el juez de la causa los motivos por los cuales el fallador debe desconfiar del dicho de un testigo y con base en ellos tachar su versión por ausencia de imparcialidad. Para estos efectos, esta manifestación debe precisar las motivaciones que al testigo animan a parcializarse, las cuales deben basarse en consideraciones de parentesco, dependencia, sentimiento, interés en las resultas del proceso, antecedentes, etc.; como que estos motivos deben contar con evidencia en los autos del proceso, así esto último no esté dicho en esa norma procesal, pero que resulta obvio, porque en el mundo del proceso todo lo que se alegue, en línea de regla general, debe ser probado; sin que con motivo de esta tacha de imparcialidad haya espacio para un amplio debate probatorio.

De consiguiente, dos son las cargas procesales que la parte que tacha por parcializado el dicho de un testigo debe atender para que el fallador analice si le asiste o no razón: exponer razonadamente el fundamento de la tacha y probar ese

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

basamento, algo que, por lo común, emerge de las piezas del expediente o de la declaración misma que rinde el testigo bajo sospecha.

Revisadas las declaraciones rendidas por **GLORIA ALICIA CASTRO**, **ALFONSO ARISTIZÁBAL PALACIO**, **HENRY GÓMEZ**, **HUGO ALEXANDER DORADO**, **DIANA JIMÉNEZ** y **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIO**; las cinco primeras, cuestionadas por la parte convocada y la última por la convocante, no queda duda de que en todos los casos fueron cumplidas las reseñadas cargas procesales. Así, en lo que respecta con los testimonios de **GLORIA ALICIA CASTRO**¹ y **ALFONSO ARISTIZÁBAL PALACIO**², la tacha presentada fue edificada con base en el sentimiento que exteriorización en derredor del demandante principal y la relación de parentesco que a él les une; sentimiento y relacionamiento de los cuales los mismos testigos ciertamente dieron cuenta; en punto del dicho de **HENRY GÓMEZ**³, **HUGO ALEXANDER DORADO**⁴ y **DIANA JIMÉNEZ**⁵, el cuestionamiento se basó en el interés que tienen en que el actor principal gane la litis, en cuanto y en tanto que, los recursos líquidos que del éxito procesal resulten, son la fuente de pago de los valores de liquidación de los contratos de trabajo que les ligó con **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**; agregándose, en el caso de **DIANA JIMÉNEZ**, la presencia de un especial aprecio por quien era su anterior empleador, que lo era el demandante principal; circunstancias todas reconocidas en las versiones rendidas por los declarantes; y, finalmente, en tratándose de la tacha formulada contra la versión testimonial de **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIO**⁶, la mácula fue sustentada en que el testigo relevó al petente principal en la función de distribuidor de los productos de la sociedad demandada principal y en que está altamente involucrado en los hechos relevantes en este litigio; todo lo cual, también es susceptible de leerse en la declaración por este señor rendida.

(21) Puntualizado lo anterior, no puede concluirse otra cosa que, todas estas tachas han sido planteadas con atención de las cargas procesales establecidas en el pluricitado artículo 211 del Código General del Proceso y están adecuadamente acreditadas. Por consiguiente, al ser valoradas las versiones testimoniales, siguiendo tanto la letra del dispositivo legal citado, así como el abundante material jurisprudencial existente al respecto⁷, lo serán con especial cuidado y atención.

¹ Leer Folio 303 del Cuaderno de Pruebas.

² Leer Folio 426 del Cuaderno de Pruebas.

³ Leer Folio 432 del Cuaderno de Pruebas.

⁴ Leer Folio 329 del Cuaderno de Pruebas.

⁵ Leer Folio 344 del Cuaderno de Pruebas.

⁶ Leer Folio 418 del Cuaderno de Pruebas.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

(22) En resolución, prosperan todas estas tachas por parcialidad, sin que esta prosperidad de suyo demerite el valor probatorio de las respectivas declaraciones, las cuales, en tanto a ellas se acuda para la formación del convencimiento de este tribunal, se analizarán con mayor rigor, tal cual lo destaca reiterada jurisprudencia patria.

**LAS PRETENSIONES ELEVADAS EN LA DEMANDA REFORMADA - LOS
PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS QUE CONDICIONAN SU PROSPERIDAD -
SU ANÁLISIS PUNTUAL:**

(23) Al inicio de esta pieza se destacó cómo, de modo principal, el desiderátum del demandante consiste en que este Tribunal Arbitral declare que, con la demandada perfeccionaron un contrato de distribución, efectivo desde el diez (10) de mayo de dos mil trece (2.013); que fue infringido por la convocada y que como secuela de esa infracción contractual sea condenada a pagarle la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$ 1.758.482.000.00), a título de penalidad; amén de los intereses comerciales moratorios; se le condene a pagar el impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) a cargo del actor, por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015), que asciende a la suma de QUINIENTOS VEINTIRÉS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$ 523.258.981.00); y, finalmente, que sea condenada al pago de las costas procesales, incluidas las agencias en derecho; y, de modo subsidiario, por prosperar los pedidos referentes a la existencia del supradicho acuerdo de intermediación comercial, su incumplimiento por la encartada y su decreto de resolución, se declare que la demandada está obligada a pagar los perjuicios materiales e inmateriales causados, de conformidad con la cuantía que se demuestre en el proceso; se actualicen estas condenas de resarcimiento de daños y sea condenada al pago de las costas procesales, incluyendo agencias en derecho, "...u otras y/o similares pretensiones...".

Dicho lo anterior, acto seguido se abordan los pedidos principales y seguidamente a ellos los subsidiarios.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 1 de febrero de 1.979 (Magistrado Ponente Doctor Héctor Gómez Uribe), 14 de mayo de 1.981 (Magistrado Ponente Doctor Héctor Gómez Uribe), 11 de febrero de 1.987 (Magistrado Ponente Doctor Eduardo García Sarmiento), 31 de julio de 1.985 (Magistrado Ponente Doctor Alberto Ospina Botero), entre otras.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

(24) Sin más explicaciones, el primero de los pedimentos principales, de carácter meramente declarativo, será decidido favorablemente. Baste para sustentar esta decisión, destacar que con respecto a esta aspiración la sociedad convocada abiertamente se allanó en su contestación de la demanda. Por lo demás, la existencia de este negocio jurídico de intermediación mercantil, así como la data de su ajuste y de su extinción, son hechos jurídicos que jamás han hecho parte del debate, siendo siempre admitidos sin ambages por los contendientes⁸.

(25) Aspira el actor a que se declare que el multicitado acuerdo mercantil de intermediación fue incumplido por la entidad encartada con sus pretensiones; aspiración en derredor de la cual se expone:

25.1. No puede pasar inadvertido para este tribunal arbitral que, en el *petitum* de la demanda no se ha hecho puntualización alguna en torno al hecho jurídico que infractor del negocio contractual sirve de apoyatura a este pedimento de mera declaración, al igual que a la mayoría de los restantes; omisión que, amén de configurar un notable yerro técnico en la estructuración de este capítulo del libelo originador del proceso, de paso, como se dolió de ello la parte citada a proceso en su respuesta de la demanda, constituye un factor que para este litigante enrareció el ejercicio de su derecho de defensa, como quiera que lo colocó en el requerimiento de oponerse a una acusación cuyo origen factual no estaba explícito en la descripción de lo que se pedía.

25.2. Consciente como lo es este tribunal arbitral, de su deber de "integrar el contenido" de la demanda originadora de esta actuación, al adelantarse este laborío integrador no es difícil concluir que, el específico evento infractor que imputado a la demandada y con estribo en el cual se aspira a la prosperidad del conjunto de pedidos que conforman su *petitum*, no puede ser otro que, según el dicho de la convocante, haber la convocada puesto término de modo unilateral al vínculo negocial, con invocación de una estipulación contractual que, si bien le atribuía el derecho potestativo de provocar la unilateral extinción del relacionamiento contractual en cualquier tiempo y sin que ello le ocasionara a cargo un compromiso de resarcimiento de daños, condicionaba el ejercicio de este poder de configuración al hecho de que se brindara a la contraparte contractual un periodo de desahucio de quince (15) días calendarios; el cual no fue observado

⁸ Esta adhesión consta al Folio 122, del Cuaderno Principal, así: "ME ALLANO a la Pretensión Primera Principal..."

por la demandada, pues al romper el contrato con base en esa cláusula contractual, número vigésimo primero (21º)⁹ del pertinente instrumento, con pleno conocimiento de la vigencia de esa conducta debida y de la omisión en que estaba incurriendo, como lo acredita la nota escrita mediante la cual comunicó su decisión de ruptura del relacionamiento, se desentendió por completo de ella¹⁰; inobservando de modo grave este imperativo jurídico y con ello quebrantando el contrato del cual fluía.

Que la anterior integración del *petitum* de la demanda es correcta, lo ponen de bulto hechos tales como los descritos bajo los números ocho (8) a quince (15) de la *causa petendi*, entre muchos otros, los cuales, por la literalidad de la narración, colocan la anotada inconducta en conexión íntima con el reclamo de la cláusula penal y con el subsidiario pedido de resarcimiento de los daños ordinarios causados.

25.3. Asunto en extremo ambiguo en los elementos documentales de la fase expositiva, atañe con el hecho jurídico con estribo en el cual culminó el nexo contractual que ligaba a quienes ahora se enlazan mediante la relación procesal que sostiene este proceso arbitral. En efecto, en tanto que, la convocante, desde su demanda original propone la especie según la cual tal cosa es resultado de la unilateral decisión de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, esta compañía plantea desde su primera contestación de la demanda y en sus alegatos de conclusión que, fue el mutuo acuerdo de los contratantes el suceso que provocó dicho resultado; averiguación de la cual evidentemente depende que se respalde o no la propuesta del actor, en el sentido de que por virtud de las modalidades que revistió esa extinción contractual, fue que su contraparte infringió el vínculo negocial.

⁹ "...**VIGÉSIMA PRIMERA: TERMINACIÓN UNILATERAL.** - La compañía podrá terminar este Contrato sin justa causa y sin tener que alegar incumplimientos previos, previa notificación escrita de quince (15) días calendario, entregada al Distribuidor y en la cual deberá constar la fecha efectiva de terminación del Contrato...".

¹⁰ En la nota fechada siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016), firmada por el señor **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ**, con destino al señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, comunicándole la decisión de la **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** en el sentido de poner fin al nexo contractual, en lo pertinente se lee lo siguiente: "...Considerando que el término de anticipación pactado en el Contrato con que debió darse el preaviso de terminación unilateral, esto es, quince (15) días, no se tuvo en cuenta por parte de la Compañía, ésta procederá al reconocimiento de dicho preaviso y entregará a Usted, a título de indemnización, la suma de Siete millones doscientos cinco mil setecientos cuarenta y cuatro pesos \$ 7.205.744, correspondiente al valor del margen de utilidad mensual por usted percibido proporcional al número de días del preaviso...".

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

25.4. Que, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** elaboró una nota escrita con destino a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** y le fue entregada, en la cual le comunicaba su unilateral decisión de dar por terminado el contrato mercantil que les ligaba, es un hecho cuya veracidad no puede discutirse, porque en los autos del proceso reposa esa nota¹¹, arrimada como anexo a varios escritos de la fase expositiva del proceso; cuya autenticidad tampoco es cuestionable, en tanto y en cuanto que, al arrimarse al expediente, con ello la actora reconoció dicho atributo (reconocimiento implícito – Código General del Proceso, artículo 244, párrafo 5º), y al no ser tachado de falso por la citada a proceso, fue tácitamente su autenticidad respaldada por esta parte procesal (reconocimiento tácito - Código General del Proceso, artículo 244, párrafo 2º).

25.5. Ahora bien, si la decisión unilateral de terminación contractual consignada en esa nota fue o no el detonante de esa extinción, era uno de los hechos capitales por indagar en este proceso, y sobre el particular, un asunto respecto del cual la confusión domina el panorama probatorio, la visión que este tribunal arbitral tiene, es que durante el debate probatorio ventilado en esta actuación, la convocada no ha logrado acreditar que el desenlace del acuerdo fuente de la contienda fue un acuerdo de terminación ajustado entre los contratantes, esto es, un negocio jurídico de mutuo disenso expreso (Código Civil, artículo 1.625, inciso 1o); conclusión probatoria de superlativa significación que se apoya en las siguientes consideraciones:

A. En el presente asunto, brilla por su ausencia un elemento documental (instrumental) en el cual los aquí contendientes hayan consignado su común entendimiento en el sentido de poner fin a su negocio contractual mercantil de intermediación que les relacionaba. El Cuaderno de Pruebas no registra un instrumento de esta entidad.

B. Cuando de lo que se trata es de acreditar aspectos relacionados con negocios jurídicos que no consten en medios documentales, tal como acontece en este asunto, las secuelas probatorias de esta falta de diligencia de los interesados se encuentran disciplinadas en el inciso 2º, del artículo 225 del Código General del Proceso, a cuyo tenor, *"...Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos en que por las circunstancias en que*

¹¹ Folio 16 del Cuaderno de Pruebas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor o la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

Quiere decir lo anterior, descendiendo a la especie problemática que atañe a este tribunal arbitral que, de entrada, la tesis acorde con la cual entre los que aquí litigan se perfeccionó un contrato de mutuo disenso, por cuyo común entendimiento provocaron una consensuada extinción del vínculo negocial, choca contra un grave indicio inductivo al entendimiento de que ese acuerdo extintivo nunca se celebró; indicio que tiene que abrirse paso, en tanto y en cuanto que, en el expediente no hay elementos probatorios que brinden soporte a que se justifique la omisión del instrumento que documente ese acuerdo extintivo; por el contrario, delante de una situación tan delicada, como lo es la terminación del acuerdo por el cual en su momento fue contratado el distribuidor de una zona geográfica del país, la importancia de contar con ese instrumento adquiriría dimensiones superlativas; coyuntura indiciaria frente a la cual, la actividad probatoria de quien actuaba en proceso en contra de este indicio, era más extenuante de lo común.

Como se verá a continuación, ese indicio grave, no solo no fue desvirtuado, sino que las probanzas actuantes en los autos del proceso, en medio de lo acontecido ese día ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016), brindan más asidero a la propuesta probatoria que sostiene que el tantas veces citado acuerdo de intermediación que vinculada a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** con la **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** se extinguió por causa de la unilateral voluntad del proveedor, por encima de la que propone que lo fue por efecto de un negocio de mutuo disenso concertado por los interesados.

C. Siendo el contrato un negocio jurídico convencional, es obvio que no puede existir sin la presencia de una *conventio* o convención, esto es, del común entendimiento de los contratantes en torno a unos contenidos negociales. Sin consentimiento no existe negocio convencional.

Que **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** estuvo atenta y dispuesta a una terminación mediante acuerdo mutuo es algo que se deduce de la contestación que brindó al hecho cuarto (4º) de la demanda¹²; y que perfiló

¹² En el hecho cuarto (4º) de la demanda, el actor principal narra haber sido citado para las tres de la tarde (3:00 P.M.) de ese día y que en esa ocasión le entregaron la nota de terminación. A ello, la demandada responde: “...Es cierto que el propósito de la reunión fue tratar la terminación del contrato de suministro...”. Esa respuesta deja ver que, a lo menos, el propósito que para la convocada tenía esa reunión no era otro que el de conversar en derredor de la terminación del acuerdo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

decididamente su conducta en ese sentido, sin éxito, lo acredita la declaración de las personas que participaron en la reunión en la cual se entregó al actor la multicitada nota del siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016). Esas probanzas, evidencian con nitidez que esta compañía estuvo presta a celebrar ese acuerdo, que su interés fue ese, que su asentimiento en tal sentido estaba presto a fusionarse con el del otro interesado; pero, ninguno de los elementos probatorios que reposan en el expediente es apto para demostrar que del lado de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** otro tanto ocurrió. Ninguno de ellos es eficaz para convencer a este tribunal, de la especie consistente en que este señor consintió expresa o implícitamente, en un contenido contractual consistente en destruir el contrato por virtud de un acuerdo de destrata, como lo es el mutuo disentimiento. Por el contrario, llevan a la convicción diametralmente adversa¹³.

A este respecto, son altamente llamativos algunos apartados de las declaraciones testimoniales rendidas por los señores **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ** y **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**, quienes, en nombre de la convocada, al parecer, fueron las únicas personas que junto con **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** participaron en la reunión privada del ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2.016), en la cual se entregó al demandante la nota escrita de terminación contractual. Nótese cómo, en ambas versiones, al ser estos declarantes convidados por este tribunal a precisar si la tesis según la cual el convenio de distribución culminó por acuerdo, que en sus declaraciones estaban prohijando, era efecto de su opinión o de un hecho objetivo, no estuvieron dispuestos a sostener que dicha postura era algo más que una visión de su propio cuño, sin que abierta y firmemente manifestaran que del lado del reclamante intervino su asentimiento en el sentido de culminar la relación de modo convenido¹⁴.

¹³ Del testimonio de **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ**, empleado de la encartada principal, testigo de excepción de las incidencias de la terminación del acuerdo, proviene este pasaje que, no puede ser más elocuente a este respecto: "...DR. RAMÍREZ: Es un concepto, entonces el tema de la entrega de la carta y el contenido de la carta qué significación tiene en el marco de un mutuo acuerdo, de un mutuo disenso? SR. MOLINA: La compañía lo que genera en su momento es la intención de dar por terminado el contrato, para esa intención de dar por terminado el contrato la compañía lo que es que le propone al distribuidor que sale amparado en una de las cláusulas de ese mismo contrato de suministro le propone que le ofrece un mutuo acuerdo donde ambos sientan, hay unas condiciones y firman ese mutuo acuerdo, ese es formal. DR. RAMÍREZ: El señor Botero asintió a eso? SR. MOLINA: No asintió a eso, a esa firma del documento físico no asintió..." (Folios 372 y 373 del Cuaderno de Pruebas).

¹⁴ Repárese en lo que sobre el particular dijo **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ**: "...DR. RAMÍREZ: Ese es un concepto suyo, que en su opinión terminó por un mutuo acuerdo? SR. MOLINA: Así es..." (Folio 372 del Cuaderno de Pruebas).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

D. En suma, la convicción probatoria a la cual arriba este tribunal de arbitramento, en punto de cómo fue culminada la relación contractual y de negocios que existió entre las partes que conflictúan en este proceso, enseña que ese relacionamiento terminó por la unilateral voluntad de la convocada, amparada en el canon vigésimo primero (21º) del instrumento contentivo de los contenidos del contrato; cláusula habilitante del dispositivo de terminación conocido como "terminación unilateral por desahucio"; al amparo del cual procede esa actitud, en cualquier tiempo, sin cargo indemnizatorio de daños, pero, eso sí, respetándose un periodo de preaviso o desahucio.

La propuesta probatoria en contrario, del mutuo disenso, no es convincente, pues todo indica que la convocada nunca logró hacer atractiva para su contraparte una oferta en dicho sentido; situación frente a la cual quedó en firme su plan inicial de provocar unilateralmente la ruptura del vínculo negocial; hecho lo cual y ante esa realidad, acto seguido ambas partes, ahora sí de mutuo entendimiento, prestaron ambas su concurso para liquidar ese vínculo de negocios extinto, inclinándose por la realización de un corte de cuentas, para verificar quién le salía debiendo a quién y cuánto, amén de otros pormenores¹⁵.

25.6. Demostrado, como para este tribunal lo está que, el vínculo negocial de intermediación comercial que ligó a las partes en controversia culminó del modo que se puntualizó, sigue en turno analizar si, al ejercer el derecho potestativo implícito en esa cláusula vigésima primera (1ª) del documento contentivo de los preceptos de autonomía privada aplicables, fueron o no por quien ejercitó este poder atendidos cabalmente los requisitos de ejercicio en dicho canon contractual establecidos.

Manifestación similar proviene de **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**: "...SRA. RUÍZ: Pues yo diría que unilateralmente no fue porque se presentaron muchos acuerdos y el señor concilió la deuda, concilió las cuentas, hizo acuerdos con Felipe..., hizo acuerdos de la deuda, autorizó a Felipe....utilizar los motocarros entonces yo pensaría que no tanto fue unilateral, sino que ahí hubo algo de común acuerdo dentro de mi humilde opinión. DR. RAMÍREZ: Ese es un tema que tengo yo precisamente que juzgar y usted lo dice claramente es una opinión SRA. RUÍZ: Sí es mi opinión...." (Folio 391 del Cuaderno de Pruebas).

¹⁵ Sobre el particular, es preciso y claro el dicho de **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**: "...DR. GARCÍA: Si entre Luis Carlos Botero e Industria Nacional de Gaseosas hubo un acuerdo para liquidar las cuentas pendientes a junio, al 7 de junio de 2016? SRA. RUÍZ: Sí hubo un acuerdo y se sentó, incluso yo estuve ahí presente cuando se sentó con John Faber Molina y el pagó inclusive él no quedó debiendo plata de la cuenta corriente, de saldos, de nada, inclusive la deuda que tenía la pasaron a Felipe...y él hizo una carta a mano alzada asumiendo la deuda de Botero..." (Folio 391 del Cuaderno de Pruebas).

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

25.7. No hay que requisar con mucho cuidado los autos del proceso, para constatar con certeza que la compañía convocada, al invocar y ejercitar el derecho potestativo que le atribuía la tantas veces citada cláusula vigésima primera (21ª), omitió el deber de preavisar al convocante, siendo así que el vínculo comercial fue extinguido sin que mediara "...previa notificación escrita de quince (15) días calendario,..."; por el contrario de lo cual, la nota escrita que elaboró, datada siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2016), contempló una terminación inmediata, en la misma fecha de su recibo, tratando de justificar la inobservancia del aviso oportuno de terminación, con el reconocimiento de una suma de dinero que, por cuantía de SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$ 7.205.744.00), en su concepto era equivalente a los daños que, según su parecer, con su conducta causaba a su contraparte por causa de la omisión del preaviso.

Por lo demás, no hay en el expediente prueba de que un desahucio ajustado a lo estipulado se surtió; por el contrario, la evidencia de que no lo hubo, es de reiterada presencia en los autos del proceso; siendo a este respecto particularmente elocuente el multicitado escrito de terminación unilateral.

25.8. El otorgamiento a la contraparte contractual, de un preaviso de terminación y del consecuente periodo de desahucio, es un imperativo jurídico con respecto al cual la moderna literatura del Derecho de Contratos de nuestro tiempo mucho repara. En efecto, esta fuente jurídica, a propósito de los contratos llamados de duración, que no son otros que aquellos cuyos efectos comerciales específicos se agotan a lo largo de tiempo, ya sea mediante actos de ejecución periódicos (ejecución periódica), continuos (ejecución continuada) o sucesivos (ejecución sucesiva), mucho enfatiza en que, cuando las partes contractuales no hayan estipulado un término de duración (contrato a término indefinido), o cuando a favor de uno o de todos los contratantes hayan acordado la facultad de terminación unilateral del nexo contractual en cualquier tiempo (facultad de terminación unilateral), el ejercicio eficaz y acorde al orden jurídico de este derecho potestativo de terminación unilateral, a menos que se trate del evento en que se ejercita por causa de un grave incumplimiento del otro, que justifique una inmediata e instantánea reacción, comporta que a favor de la parte comercial contra la cual se invoca este poder, sea otorgado un aviso oportuno de terminación, junto con el condigno periodo de desahucio, porque es lo correcto, según buena fe, que al desahuciado no se le agrave o dañifique más allá de lo estrictamente necesario, o sea que, se le brinde un intervalo de tiempo adecuado a las circunstancias, con ocasión del cual pueda esta parte comercial prepararse para la terminación del

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

vínculo negocial, colocándose en condiciones de afrontar su nueva condición y las contrariedades que de ella puedan resultarle.

A este respecto es de claridad meridiana la exposición que entre nosotros efectúa el profesor **ERNESTO RENGIFO GARCÍA**, en su meritorio trabajo sobre los poderes unilaterales en la contratación moderna. En este trabajo, con respecto a este asunto, expone lo que sigue: *"...La trascendencia del incumplimiento viene a constituir un límite objetivo a la posibilidad de resolver de manera privada o extrajudicial un acuerdo; así mismo se requiere que el acreedor le comunique al deudor su decisión de la revocación y de otorgarle un plazo razonable para que aquel tenga la oportunidad de ajustar su conducta al comportamiento requerido en el vínculo. Así y solo así, se podría entender que la facultad de resolución privada ante el incumplimiento se ha ejercido en debida forma, que no constituye un atentado al principio de la buena fe o que no pueda mirarse como un ejercicio abusivo de una facultad contractual, sin perjuicio, por supuesto, del control posterior de legalidad a la revocación que tiene el juez mediante la acción del deudor..."*¹⁶.

25.9. En la especie litigiosa que ocupa la atención de este tribunal arbitral, la observancia de un aviso oportuno de terminación y del condigno periodo de desahucio, además de venir impuesta por el principio de la buena fe, y de así estar admitidos por bastos sectores de la literatura comparada, fue contractualmente impuesta en la Cláusula Vigésima Primera (21ª) del instrumento en el cual consignaron los contenidos de su acuerdo de suministro; y, como esa conducta debida fue omitida, tiene que concluirse que, con ocasión de su decisión unilateral de provocar la extinción del vínculo negocial que le ligaba con **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO, INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** de modo consciente, omitió el otorgamiento del preaviso contemplado en el canon contractual mencionado.

25.10. Justificando su proceder, en su nota del siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016) la convocada expresamente manifestó que, por deliberadamente omitirse el debido preaviso procedería a reemplazarlo por el pago de la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$ 7.205.744.00), que consideró correcta en su cuantía, porque acorde con su visión del asunto, correspondía a la utilidad que el actor dejaba de causar a su favor, al ser privado del periodo de desahucio.

¹⁶ Rengifo García, Ernesto, Las facultades unilaterales en la contratación moderna, Legis Editores, Bogotá, 2.014, primera (1ª) edición, página 123.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

Para descartar que esa prestación dineraria sustitutiva del preaviso omitido tenga mérito justificativo de la deliberada y consciente omisión de tan significativo periodo, ofrecida por la convocada al convocante con fines resarcitorios del daño irrogado por dicha conducta, baste con las siguientes elementales reflexiones: **(a)** Lo acordado en la prenotada cláusula, como requisito de ejercicio del poder de terminación unilateral, no fue el pago de una suma de dinero, sino el otorgamiento de un plazo de desahucio, que al demandante permitiera prepararse para esa virtual terminación del relacionamiento comercial y de negocios. Al no concederse ese intervalo temporal, lo pactado no fue honrado por la convocada y por ende incurrió en inobservancia grave de un imperativo contractual. No correspondiendo lo ofrecido a lo pactado, no era de cargo del convocante aceptar lo ofertado en relevo del deber no ejecutado. **(b)** En buen Derecho de Obligaciones, la suma de dinero que la demandada manifestó estar presta a pagar, como la misma infractora lo reconoce en su propia nota, tiene como causa o fundamento de esta atribución patrimonial el hecho ilícito civil llamado incumplimiento. Por eso la calificó como una indemnización de perjuicios, como en el efecto lo es, pues con ella quiso reemplazar el imperativo jurídico desatendido, y ese débito de resarcimiento con fines de relevo de lo debido, acorde con la Teoría General de las Obligaciones, se llama "indemnización compensatoria de daños", y, fatalmente, tiene como antecedente la infracción de la conducta debida, que se sustituye con esa prestación indemnizatoria. **(c)** La cuantía de esta prestación, así como la calculó la entidad traída a proceso arbitral, cuadra a la noción de lucro cesante, en cuanto y en tanto que, la hizo corresponder a la utilidad de la cual, según su entender, estaba privando al actor principal en este proceso; pero nada dice sobre el daño emergente que la omisión del preaviso haya podido ocasionar a quien no fue desahuciado, teniendo derecho a serlo. **(d)** Al sobrevenir el incumplimiento de un imperativo contractual (obligación, deber), no es el deudor infractor el llamado a definir cómo cubre el débito de resarcimiento del daño irrogado. Es el acreedor quien, si se ha pactado pena, como pasa en este asunto, opta entre la indemnización ordinaria de daños o la pena (C.C., artículo 1.600).

25.11. Por todo lo anterior, en la parte decisoria de esta pieza se declarará que **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** incumplió el contrato que celebró con **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**.

(26) **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** aspira a que mediante laudo arbitral se decrete la resolución del contrato de intermediación mercantil que concertó con **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, por causa de la inejecución contractual en que esta compañía incurrió y como secuela de la prosperidad del pedido antes evaluado.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

26.1. Trata la pretensión resolutoria contractual de que, en el marco de un contrato recíproco, bilateral perfecto, sinalagmático o por prestaciones recíprocas, uno de los contratantes (contratante resolvente), por causa de la relevante infracción en que su contraparte (contratante infractor) contractual ha incurrido, solicite a la judicatura que, mediante sentencia judicial de condición constitutiva, se destruya el ente negocial bilateral, con efectos retroactivos (*ex tunc*), de manera que las partes sean restablecidas al estado en que se encontraban con precedencia al ajuste del acuerdo que se resuelve.

Son bien conocidos los presupuestos axiológicos de la pretensión resolutoria contractual. De ellos, de vieja data, se hace expresa mención en un abundante número de piezas de nuestra jurisprudencia civil¹⁷.

En la literatura y en la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, es bien sabido que, uno de los requisitos o presupuestos axiológicos de la pretensión resolutoria contractual, que es una aspiración exclusiva de la contratación sinalagmática o por prestaciones recíprocas, consiste en que el contrato cuya destrucción se solicita sea un contrato existente y válido¹⁸; esto último es, ajeno a causas de invalidez por cuenta de las cuales se imponga con preferencia respecto de cualquier otro pedido que un decreto judicial de invalidez sea pronunciado; pues, es lo cierto que, si ese ente contractual recíproco no existe, o lo hace pero como ente inválido, hay en el primer caso una situación de sustracción de materia, en vista de la ausencia de acuerdo bilateral sobre el cual pronunciar cualquier clase de decisión; y en el segundo, un impedimento para que se decrete la resolución contractual, pues delantadamente deberá ser invalidado por el operador judicial; con lo cual, carecerá de oficio el pedido resolutorio.

Por lo anterior, el listado de requisitos del pedido resolutorio es siempre encabezado por la exigencia consistente en que el contrato cuya resolución se deprecia tenga existencia y sea válido; exigencias obvias, como en derecho lo son todas, que en este campo se explican, se insiste, por las potísimas razones de que, si no existe entidad contractual, no hay materia sobre la cual pronunciar un

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 27 de enero de 1.981 (Magistrado Ponente Doctor Humberto Murcia Ballén), 9 de junio de 1.981 (Magistrado Ponente Doctor Ricardo Uribe Holguín), 14 de diciembre de 2.010 (Magistrado Ponente Doctor Arturo Solarte Rodríguez), entre otras muchas.

¹⁸ A este respecto, la más elocuente de todas las piezas de la jurisprudencia patria nos parece que es la sentencia de casación civil de 27 de enero de 1.981 (Magistrado Ponente Doctor Humberto Murcia Ballén).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

decreto resolutorio, cuyos efectos naturales, cuales son la destrucción del ente negocial con efectos retroactivos, de modo que los contratantes sean restablecidos al estado que ostentaban con anterioridad al ajuste del acuerdo resuelto, no pueden desatarse en ausencia de una masa contractual; y que, si esa entidad contractual objeto del pronunciamiento resolutorio no es válida, no pudiendo producir efectos contractuales estables, su retiro del tráfico jurídico por la vía del decreto judicial de invalidación se hace cuestión prioritaria con respecto al pedido resolutorio.

26.2. Tampoco es cualquiera la tipología contractual propensa a destruirse por la prosperidad de la pretensión resolutoria. Únicamente lo son los del grupo de los llamados recíprocos, sinalagmáticos, bilaterales o por prestaciones recíprocas, y siempre que no sean de duración, esto es, de esos cuyos efectos negociales específicos se generan a lo largo de tiempo, por actos de ejecución periódica (ejecución periódica), continuada (ejecución continuada) o sucesiva (ejecución sucesiva); pues si lo son, la destrucción del ente contractual por causa del incumplimiento no procede por la vía de la resolución, sino de la terminación, que al igual que aquella, aniquila el ente contractual, pero a diferencia de ella, no lo hace con efectos retro (*ex tunc*), sino hacia el futuro (*ex nunc*), toda vez que, en tratándose de contratos que despliegan sus efectos a lo largo del tiempo, los actos de ejecución regularmente constituyen hechos cumplidos, agotados en su fenomenología, que por ende repugnan ese efecto hacia atrás en el tiempo.

26.3. En la materia controversial involucrada en esta pieza decisoria, causa extrañeza que, estando basadas varias pretensiones del petitum de la demanda en que el acuerdo de distribución ajustado entre los que aquí contienden fue terminado antijurídicamente por la demandada principal, mediante su unilateral voluntad, a la par se pretenda que mediante decisión de carácter constitutivo, como lo es el decreto de resolución judicial de un contrato, ese mismo acuerdo, que la petente tiene por extinto desde inicios de junio de dos mil dieciséis (2.016), sea terminado por virtud de medida tomada en el presente laudo arbitral.

Es protuberante este contrasentido, del cual emerge que este pedimento resolutorio será despachado negativamente, porque habiendo el acuerdo cuya resolución se solicita, terminado mediante carta datada siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016), entregada a su destinatario al día siguiente, en el momento presente no existe entidad de naturaleza contractual respecto de la cual pronunciar tal determinación.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

De otro lado, siendo el de suministro para la distribución un acuerdo de ejecución prolongada en el tiempo, por su condición repugna la pretensión resolutoria contractual, como ya se explicó.

26.4. Corolario de lo anterior es que se desestimaré esta pretensión resolutoria contractual.

(27) El demandante principal pide a este tribunal arbitral que condene a su contraparte a pagarle la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$ 1.758.482.000.00), a título de penalidad; adicionándose esta condena con intereses comerciales moratorios; invocando como basamento de este pedido, además de la inejecución contractual de la convocada, lo acordado por quienes aquí litigan en el marco de la Cláusula Décima Quinta (15ª) del escrito contractual que suscribieron para perfeccionar su acuerdo de intermediación comercial, cuyo tenor, en lo pertinente, es como sigue: "...**DÉCIMA QUINTA: CLÁUSULA PENAL.** *El incumplimiento total o parcial o el simple retardo en el cumplimiento de cualquier obligación por cualquiera de las Partes, facultará discrecionalmente a la Parte cumplida para imponer una multa de hasta el doble del promedio mensual de ventas de los últimos doce (12) meses, a título de cláusula penal de apremio y sin perjuicio del resarcimiento total de los perjuicios que pudiere ocasionarle a la Parte cumplida. En caso de que el Contrato lleve menos de doce (12) meses en vigencia, se tomará el promedio mensual de ventas de los meses en que ha estado vigente el Contrato.....*".

27.1. Hablando de la exigibilidad de la estipulación penal (*stipulatio poena*), como requisito para tales efectos alude la literatura al que llaman "principio de la necesidad de la mora", acorde con el cual, en tratándose de obligaciones positivas (dar y hacer), no es exigible la prestación penal si el sujeto en contra de quien se reclama no se encuentra en estado o condición de moroso; exigencia que en el Derecho Colombiano de Obligaciones tiene expresa consagración en el artículo 1.595 del Código Civil, a cuyo tenor, "*Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse*".

Una regla legal como la que viene de transcribirse, en el Derecho Colombiano de las Obligaciones ha servido como fundamento para sustentar la diferencia existente entre incumplimiento y mora, al igual que para colegir los distintos

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

efectos jurídicos que cada una de estas instituciones ocasiona; algo en derredor de lo cual algunas piezas de nuestra jurisprudencia son particularmente inspiradas¹⁹; siendo secuelas del incumplimiento, el derecho alternativo del acreedor insatisfecho a solicitar la ejecución coactiva del débito obligacional o la resolución judicial del contrato por prestaciones recíprocas; y de la mora, cuando de obligaciones positivas se trate, el derecho de este mismo sujeto al resarcimiento de los daños padecidos (Código Civil, artículo 1.615), la exigibilidad de la cláusula penal (Código Civil, artículo 1.595) y la inversión sobreviniente del riesgo (Código Civil, artículos 1.607 y 1.731).

27.2. Dicho como está que, en el ámbito de las obligaciones positivas la constitución en mora respecto del deudor es condición de la cual depende el nacimiento del derecho a reclamar el pago de la cláusula penal, acto seguido compete analizar si en el presente asunto la demandada principal **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** ha o no sido colocada en el status o condición de morosa; constitución de estado que depende de dos aspectos, uno positivo, como lo es que, el infractor haya sido reconvenido del modo que corresponda (judicial o extrajudicialmente), según que la prestación infringida sea de plazo estipulado o sometida a caducidad de la oportunidad de cumplimiento, o no corresponda a alguno de los tipos anteriores (Código Civil, artículo 1.608); y de otro negativo, como lo es que, del lado de quien reclama el pago de la penalidad (*stipulatio poena*) no se haya incurrido en incumplimiento, porque si el petente de la pena, es igualmente un infractor contractual, su propia incuria abre paso al alegato y a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) (C.C., artículo 1.609), acorde con la cual, en los contratos recíprocos, ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo que le compete, si su contraparte, de su lado, tampoco lo ha hecho o a lo menos no ha estado presta a cumplir.

27.3. En el asunto de autos, no puede ponerse en duda que la reclamada principal fue judicialmente reconvenida, al serle notificado el auto admisorio de la demanda arbitral, por aplicación del párrafo segundo (2º), del artículo 94 del Código General del Proceso, conforme al cual, "...*La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin,...*".

¹⁹ La pieza más destacada sobre el particular es el fallo de casación de diciembre 7 de 1.982, Magistrado Ponente Doctor **JORGE SALCEDO SEGURA**.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

Otra cosa acontece, con la actitud de cumplimiento observada por el convocante durante la fase ejecutiva de la relación contractual sinalagmática que le relacionaba con **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**. En efecto, el material probatorio obrante en el expediente, en particular varias declaraciones testimoniales, que en ello fueron ilustradas, armónicas, espontáneas y coherentes, da cuenta de graves situaciones constitutivas de incumplimiento contractual por parte del actor principal, con estribo en las cuales no puede otra cosa hacer este tribunal, pese al reconocido incumplimiento de la rea principal que, dar curso a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido alegada en la contestación de la demanda reformada, como medio subsidiario de defensa²⁰²¹.

27.4. Con respecto a la excepción de contrato no cumplido, la literatura del Derecho de Contratos y de la Teoría General de las Obligaciones ha efectuado algunas importantes puntualizaciones, que vienen al caso en este momento, en orden a destacar el mérito que para sustentarla tienen los incumplimientos de los cuales existe evidencia en los autos del proceso:

27.4.1. El principio de la buena fe en la ejecución contractual²² es la inspiración de este medio exceptivo, como en general la regla de obrar de buena fe (buena fe probidad) lo es de la mayoría de las instituciones del orden jurídico.

²⁰ La sociedad convocada, de modo subsidiario alegó en su defensa la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). En su presentación y sustentación se aprecia cómo la interposición de la excepción se enfocó en la modalidad de este medio exceptivo llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, caracterizada por el hecho de ser del tipo cumplimiento imperfecto la modalidad de inejecución que se endilga al actor.

Esta circunstancia, acorde con la cual la excepción que está probada en los autos del proceso, la *exceptio non rite adimpleti contractus*, sea una variante o modalidad de la que ha sido alegada, la *exceptio non adimpleti contractus*, no compromete la vigencia del principio de la congruencia, toda vez que, según las voces del artículo 281 del Código General del Proceso, la congruencia no se rompe cuando es declarada una excepción de fondo que aparezca probada y que no sea de aquellas que para su reconocimiento deban ser alegadas (excepciones propias); condición esta última que no comparte la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

²¹ Que esta excepción de contrato no cumplido haya sido interpuesta en subsidio de unas que vienen alegadas como principales, no impone a este tribunal seguir en su análisis el orden de proposición de medios de defensa trazado por el excepcionante. En efecto, en un caso como el presente, en que la actitud de cumplimiento del actor es un factor del cual depende el éxito de su pretensión de reconocimiento de una penalidad, es inevitable que la excepción que impide su prosperidad deje de considerarse, solo por la manera como fue planteada por el demandado. Como quien dice, se está analizando desde ahora esta excepción, delantamente a las principales, porque así lo impone el análisis del *petitum* de la demanda, que contiene pedidos para cuya prosperidad es condición el análisis de esa actitud de cumplimiento del actor.

²² Código Civil, artículo 1.602 y Código de Comercio, artículo 871.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

En los negocios convencionales y en particular en los contratos sinalagmáticos, en consideración a este principio fundamental de los negocios jurídicos en general y de los contratos en particular, cada parte contractual debe ejecutar toda actividad que, así no haya sido expresamente declarada como contenido contractual, contribuya a la satisfacción de los intereses contractuales de la contraparte; como que debe abstenerse de realizar cualquier comportamiento que pueda provocar su frustración.

Con base en esa comprensión de la buena fe probidad, la literatura de nuestro tiempo ha esbozado, en el marco de las obligaciones, a nivel de la prestación u objeto de ellas, los llamados “imperativos implícitos de la prestación”; entendiendo por tales, todas esas actividades, tareas y labores que, por estar en conexión con el débito prestacional en sí mismo considerado (débito primario), deben también ser ejecutados para los fines de la *solutio*, pago o ejecución prestacional; como que también ha decantado, pero a nivel del contenido del negocio jurídico, los denominados “deberes secundarios de conducta”; por los cuales se entienden conductas debidas según la buena fe, que no son de ejecución facultativa, cuya observancia se hace indispensable para la satisfacción del interés negocial de las otras partes negociales; imperativos implícitos de la prestación y deberes secundarios de conducta que se desglosan de la naturaleza del negocio, la buena fe y la equidad natural; de manera que, por virtud de unos y otros, los sujetos de derecho, en el marco de las obligaciones y los negocios jurídicos, no solo deben observar lo que haya sido explícitamente declarado, sino todo aquello que según buena fe corresponda.

27.4.2. Para el exitoso alegato de esta excepción, la literatura especializada más moderna propone varios requisitos, todos ellos emergentes del principio de la buena fe. Son ellos: **a.** En línea de principio general, la exigibilidad de los imperativos jurídicos recíprocos. Esta exigencia destaca la naturaleza bilateral o por prestaciones recíprocas que debe tener la relación contractual en cuyo contexto se invoca la excepción en estudio. Esta relación debe ser sinalagmática y los compromisos infringidos deben ser exigibles; tanto el que lo fue por el demandado, como el que éste invoca como basamento del medio perentorio de defensa en estudio. Cabe también alegar con éxito esta excepción de fondo, por el demandante que no ha cumplido, porque acorde con la manera como fue organizado el programa de ejecución prestacional, a él solamente le es exigible dar cumplimiento a lo suyo, luego de que lo haya hecho su contraparte contractual infractora. **b.** El incumplimiento del demandante, que el demandado le enrostra para atajar su pretensión, debe ser proporcionado en relación con la infracción de la cual aquél acusa a éste. En otras palabras, la inejecución del uno y del otro

deben tener similares magnitudes, guardar simetría, porque no cuadra a la buena fe que, siendo de mínima monta la desatención del actor y de superlativa dimensión la del encartado, aquélla sirva al convocado a proceso para proponer un estado de incumplimiento recíproco en el cual se enerve el pedido en su contra. De modo que, si el cumplimiento del demandante es de menor significación que el del demandado, no sirve a éste para sustentar la excepción en mención. Otra manera de expresar esta idea jurídica consiste en afirmar que, "...la oposición de la excepción no debe ser abusiva..."²³, siéndolo, cuando el encartado intenta sustentar la excepción en una infracción de su oponente, que comparativamente con la suya es de menor significación. El anterior, es requisito que algunos llaman "requisito de proporcionalidad en los incumplimientos". c. El incumplimiento que se endilga al demandado, debe ser consecuencia del incumplimiento del demandante. A *contrario sensu*, si el de este último sujeto, no encuentra su causa eficiente en el de aquél, no prospera este medio de defensa. d. Finalmente, hace fracasar el alegato de esta excepción, que el demandado haya perdonado la inejecución del demandante, pues al proceder de tal modo, con ello renunció a la alegación de esta excepción.

Nótese cómo, del listado de requisitos de prosperidad de la *exceptio non adimpleti contractus* no hace parte uno que consista en la gravedad del incumplimiento del demandante. Esto es así, porque la intensidad de la infracción del actor, para los fines de esta excepción de fondo, tiene un valor o mérito relativo, pues, como viene de puntualizarse, no es esa gravedad de lo que depende que el medio exceptivo prospere, sino de su simetría o proporcionalidad con la infracción del demandado.

27.4.3. Hoy sabemos que, en los negocios jurídicos de obligación, entre los muchos elementos que integran su contenido y el de la relación negocial que de él emerge, además de las obligaciones propiamente dichas, de las cuales hacen parte el débito prestacional en sí mismo considerado (débito primario) y los compromisos instrumentales que deben ejecutarse para dar cumplimiento a ese débito (imperativos implícitos en la prestación), se encuentran los que la doctrina más autorizada llama "deberes secundarios de conducta"; que no son otra cosa que, imperativos jurídicos que fluyentes del principio de la buena fe, el deudor debe atender en orden a propiciar que el interés contractual de su contraparte sea satisfecho y a evitar que resulte frustrado.

Entre esos deberes secundarios de conducta destacan, por su mayor resonancia, los de información, protección, consejería, lealtad, probidad, fidelidad, cooperación,

²³ Ordoqui Castilla, Gustavo, Buena Fe Contractual, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2.012, segunda (2ª) edición, página 435.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

diligencia, confidencialidad o reserva, principalmente; y, para el caso de un contrato de suministro para la distribución, a la manera de imperativos implícitos en la prestación, han de citarse los de colaboración y cooperación, en orden a que mediante acciones y políticas coordinadas entre el proveedor y el suplidor se logre el incremento de la porción de mercado del producto o servicio que se distribuye, o a lo menos su mantenimiento.

La evidencia empírica enseña que normalmente la inadvertencia de estos deberes secundarios de conducta o de los llamados imperativos implícitos en la prestación ocasionará la infracción del deber de prestación o débito primario; solo excepcional y raramente la inobservancia de aquéllos no logrará afectar severamente los actos de cumplimiento prestacional. Sea lo que sea, esto es, haya o no la desatención de esos deberes e imperativos impactado negativamente la ejecución del débito primario es inevitable que se frustre el interés contractual de la contraparte o que a lo menos gravemente se ponga en peligro; casos ambos en los cuales los Derechos de Obligaciones y Contratos no pueden ser tolerantes con el deudor, permitiendo que con afrenta al principio de la buena fe semejantes inconductas no tengan secuela alguna que le sea adversa.

En suma, procede poner de manifiesto que, la violación de los deberes secundarios de conducta y/o de los imperativos implícitos en la prestación, es un hecho jurídico constitutivo de incumplimiento.

Avanzando en esta línea de razonamiento, también del principio de la buena fe, sobre el cual está estructurado todo el conjunto de reglas sobre el cual se levanta la excepción de contrato no cumplido, fluye que, si el demandante que reclama por el incumplimiento del demandado, ha incurrido en la infracción de un deber secundario de conducta o de un imperativo implícito en la prestación, sea o no infringiendo el débito primario, poniendo en peligro o afectando el interés contractual de su contraparte, procede la eficaz interposición de la mencionada excepción. Estaría en manifiesta oposición con el indicado principio que, el actor, habiendo actuado con desconocimiento de esos deberes o imperativos, de cualquiera manera en que lo haya hecho, pudiera sacar adelante sus aspiraciones (resolutoria, ejecutiva, resarcitoria, etc.) frente a un demandado igualmente infractor.

En síntesis, en consideración al sacrosanto principio de la buena fe, entre las instituciones que sirven para la efectividad de los deberes secundarios de conducta y los imperativos implícitos en la prestación, se encuentra la excepción de contrato

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

no cumplido, con estribo en la cual, se sigue que, si el demandante ha vulnerado uno de ellos, puede con éxito serle opuesto el medio exceptivo que se analiza.

27.5. La prueba obrante en el expediente pone de presente varios actos de infracción contractual francamente inaceptables en un acuerdo de suministro para la distribución; alguno de ellos abiertamente ofensor del principio de la buena fe, en los cuales incurrió el señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** y que bajo respecto ninguno pueden ser considerados meras bagatelas y por dicha vía serle restado su mérito enorme para sustentar el indicado medio exceptivo. Son ellos: **a.** El adelanto de tratos de negocios con empresarios competidores de la demandada; **b.** La inexistente cooperación de parte del actor principal, para analizar y eventualmente incursionar en otro modelo de distribución de gaseosas; **c.** Las ausencias frecuentes del demandante principal, en su sede de negocios, no estando al frente de las operaciones de distribución a su cargo.

En su ilustrada declaración testimonial, el señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS** informó en punto de los tratos de negocios que el convocante adelantaba con empresario competidor de la convocada²⁴; que no con cualquiera, sino nada menos que con el titular de la marca de bebidas gaseosas mayormente competitiva con la más connotada de las de la demandada principal; declaración a la cual este tribunal va a reconocerle pleno mérito probatorio, pese a la prosperidad de la tacha por parcialidad que en su contra se elevó, por las siguientes razones: **a.** Esta declaración que, severamente cuestiona en muchos frentes el comportamiento del convocante, fue rendida en condiciones muy especiales, como lo fueron que, el declarante la rindió en presencia del demandante principal, a quien este tribunal no le impidió asistir a la audiencia en que se recibió. Pese a esa situación, que no era de fácil manejo para un deponente actualmente en malas relaciones con el señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, la tranquilidad, seguridad, fuerza de convicción y espontaneidad de las manifestaciones que se escucharon del declarante, son caracteres indiscutibles; lo que contrastó con las manifestaciones faciales que durante el recibo de esta versión se apreciaban en el convocante, que denotaban su incomodidad e incluso su apabullamiento y nerviosismo frente al dicho del testigo; cuadro circunstancial que no pasó

²⁴ "...SR. INSUASTY: A principios de 2015, el señor Luis Carlos me invitó a comer a un restaurante que se llamaba Pueblito Viejo en donde quería hablar conmigo porque éramos amigos, entonces que quería contarme unas cosas, quería como desahogarse, en esa cena el señor Luis Carlos Botero me contó que tenía muchos problemas con la compañía. La verdad tenía muchos conflictos con la gente, con los mismos gerentes y que la verdad él estaba gestionando con otras empresas Big Cola, Glacial, La Cigarra estaba gestionando porque la empresa de él, que los trabajadores eran de él los vehículos eran de él y que tranquilamente le podía ofrecer su sistema de distribución a otras empresas...". (Folio 400 del Cuaderno de Pruebas).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

desapercibido para este tribunal arbitral, que en atención a las reglas de la crítica testimonial, que recomiendan analizar la conducta y la actitud asumida por el declarante durante la escucha de su testimonio, pudo constatar que este testigo es persona merecedora de credibilidad. **b.** La versión en estudio también merece ser calificada como ilustrada, debido a que con gran precisión da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la conversación en la cual el señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** le puso en conocimiento que adelantaba conversaciones con un empresario competidor de la convocada, así como de los inconvenientes que estaba experimentando con la sociedad demandada principal. **c.** Se trata de una versión coherente de las cosas, tanto internamente, es decir, vista en todo su conjunto con los demás temas y contenidos propios, como en el frente externo, al estar en comunión con lo dicho por otros testigos, tales como **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ** y **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**.

d. El contrainterrogatorio al cual fue sometido este declarante produjo contestaciones que, en lo más mínimo, dejaron ver fisuras en el dicho de este testigo.

Esta declaración de **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS** contiene la prueba de la confesión de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, en el sentido de haber entrado en tratos con otros empresarios, competidores de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**. Esto es lo que en Derecho Probatorio se llama "prueba de la prueba" que, en este caso corresponde a un testimonio, que da cuenta de una confesión.

Pues esta confesión, traída al expediente mediante prueba testimonial, está en armonía con las declaraciones de los señores **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ**²⁵ y **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**²⁶, quienes de modo, eso sí, menos ilustrado,

²⁵ "...Las causas son varios aspectos que llevan a que la compañía tome esta decisión voy a mencionar varios, uno de ellos se venía dando una información que estaba llegando a la compañía sobre contactos que el señor Luis Carlos Botero estaba realizando con competencia directa nuestra como es Big Cola, como es Glacial para poder llevar a cabo él distribución de esos productos..." (Folio 369 del Cuaderno de Pruebas).

²⁶ "...pero lo más importante fueron las comunicaciones que él tenía con muchas personas ahí de la empresa informando que él tenía comunicaciones con empresas de la competencia como Big Cola, como Glacial, como Celerna inclusive hasta a mí me dijo que de pronto se iba a trabajar con una empresa de leche que estaba de pronto a mil. Pero a Felipe...de las demás personas les dijo que tenía de pronto comunicaciones para irse a trabajar con empresa Big Cola o Glacial, eso fue un detonante bastante grave (...) SRA. RUÍZ: Sí el motivo principal el detonante principal fueron las comunicaciones recibidas por el cual Luis Carlos Botero se iba a trabajar a la competencia, de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

también hicieron mención de estos actos de infidelidad y deslealtad del actor principal; declaraciones que, no obstante no estar adecuadamente explicadas en sus circunstancias, al dar cuenta del hecho medular, las conversaciones de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** con competidores de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, siendo coherentes entre sí y con la del señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**, hacen aún más verosímil la supradicha especie fáctica.

Todo este material probatorio, a criterio de este Tribunal Arbitral, acredita fehacientemente que el actor principal violó deberes secundarios de conducta, tales como los de lealtad y fidelidad; ambos particularmente importantes en una relación de confianza como la que se traba entre un proveedor y el distribuidor a quien le es encargada una distribución en determinada zona geográfica; afrenta en este caso altamente amenazante para los intereses del agraviado, porque la deslealtad y la infidelidad del intermediario le exponen a que el competidor favorecido con esta falta, contra las sanas prácticas comerciales e incluso con la eventual comisión de un ilícito competencial (artículo 7º de la Ley 256 de 1996), quede en condiciones de asumir actividades competitivas altamente favorables para él, que correlativamente actúen en desmedro del afectado.

Esta infracción, probada como está en los autos del proceso, es por sí sola adecuada para sustentar un incumplimiento contractual de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, habitante de la prosperidad de la prosperidad de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

27.6. Varios elementos probatorios obrantes en los autos del proceso ponen de manifiesto que el actor principal también desatendió el deber secundario de conducta consistente en cooperar con **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**; en concreto, se negó sin razón alguna, a adoptar un nuevo modelo de mercadeo; cambio que, ciertamente, sin su asentimiento no luce jurídico en este caso, acorde con lo pactado en el instrumento que consigna los contenidos contractuales; sino, a los menos, a considerar y evaluar las ventajas de su implementación; evaluación que es natural en las relaciones contractuales y de negocios existentes entre un proveedor y su distribuidor, en tanto que, es de suponerse que a uno y a otro les conviene que mediante la introducción de nuevas estrategias el volumen de las ventas al mercado se incremente. Pero, en la especie en estudio, sucedió que el señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, sin justificar su postura y más bien privilegiando la conservación del *statu quo*,

hecho hoy en día tengo entendido que el señor está trabajando con Big Cola...." (Folios 389 y 390 del Cuaderno de Pruebas).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

recalcitrantemente se negó siquiera a dar una oportunidad al nuevo esquema. Simplemente, de plano lo desestimó, no cooperó en algo que pudo ser de beneficio común para ambas partes y con ello impidió que se probara esa estrategia.

Esta debida cooperación, que imponía otra actitud en cabeza del distribuidor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, es aún más lacerante si se memora que este sujeto de la relación mercantil de distribución era el único con el que en la zona geográfica asignada contaba la convocada, pues en ausencia de esa buena voluntad, a lo menos dispuesta a analizar los pormenores de un nuevo esquema de mercadeo, es incuestionable que el proveedor quedaba colocado en una situación de extrema dificultad para intentar mejorar sus ventas en el territorio asignado al intermediario revendedor.

Nuevamente resultan ilustrativas las declaraciones de los testigos **JHON FÁBER MOLINA RODRÍGUEZ**²⁷ y **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**²⁸. Ambas son elocuentes, responsivas y armónicas entre sí, en el sentido anotado.

27.7. Algunos testigos también se refieren al incumplimiento de imperativos implícitos en la prestación, en que venía incurriendo **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** cuando fue por unilateral decisión de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** removido de su rol de distribuidor. Se trata de omisiones graves, tales como la desatención de los clientes y su reiterada ausencia en su sede de negocios, al frente de su operación de reventa.

Estas faltas, ciertamente son relevantes, porque siendo el distribuidor quien tiene contactos con los minoristas, es a él a quien compete atender sus inquietudes,

²⁷ "...Ese fue un aspecto, el otro fue que para mayo/16 a Luis Carlos se le presentó un plan de preventa especializada, explico la preventa especializada eran 4 prevendedores que iban a entrar a potencializar todo el mercado por supuesto generando y con el objetivo de tener un mayor volumen..." (Folio 369 del Cuaderno de Pruebas) (...) SR. MOLINA: Porque el señor Luis Carlos no accede a que el modelo de venta propuesto por la compañía se monte en esa zona, eso hace que entonces toda la proyección de crecimiento de la empresa se vea frenada por la posición que tiene en su momento el distribuidor..." (Folio 369 del Cuaderno de Pruebas) (...) SR. MOLINA: En su momento fu informado por la gerencia de ventas que al presentársele el modelo de preventa al señor Luis Carlos éste se negó a aceptar dentro de su zona de influencia donde desarrollaba el contrato de distribución es modelo con la inclusión de 4 prevendedores especializados, las razones a profundidad que el señor Luis Carlos Botero pudo haber tenido para no aceptarlo pues no las conozco, pero la manifestación comercial es que el señor no aceptó ese modelo de venta en su zona..." (Folio 375 del Cuaderno de Pruebas).

²⁸ "...SRA. RUÍZ: Lo más importante fue lo siguiente, resulta que a Luis Carlos Botero le ofrecen un nuevo modelo de ventas que es eran 4 pre vendedores que le iban a colocar y él no aceptó..." (Folio 389 del Cuaderno de Pruebas).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

ayudarles con sus problemas de reventa, transmitir a la cabeza de la cadena de comercio sus inquietudes, entre otras muchas tareas, de las cuales depende que dicha cadena funcione fisiológicamente y no patológicamente como al parecer sucedía en la zona de negocios asignada al demandante principal. A este respecto, repárese en la declaración testimonial de **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**, que por su claridad informa adecuadamente sobre ese particular²⁹.

27.8. Los incumplimientos del convocante, que recién se han puntualizado y detallado, son idóneos para sustentar la excepción de contrato no cumplido, en su variante *exceptio non rite adimpleti contractus*, comoquiera que se cumplen todos los requisitos de prosperidad de este medio de defensa, explicados en el número 27.4.2 ut supra.

En efecto, estos incumplimientos del demandante principal son todos referentes a imperativos implícitos de la prestación y a deberes secundarios de conducta exigibles; son simétricos con el imperativo infringido por la compañía demandada, esto es, ostentan similar intensidad: todos graves; no han sido causados por la conducta del excepcionante y más bien, por el contrario, lo que se advierte es que **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** procedió del modo en que lo hizo frente a las inconductas de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**; y, finalmente, no han sido perdonados por la demandada principal que, lejos de pasarlos por alto, reaccionó del modo antijurídico en que lo hizo.

27.9. Por virtud de las anteriores reflexiones, que dejan ver en el comportamiento contractual del actor principal, varios y graves incumplimientos, tanto de deberes secundarios de conducta, como de imperativos implícitos en sus obligaciones nucleares, se negará la prosperidad de la pretensión quinta (5ª) de la demanda reformada y se reconocerá la prosperidad de las excepciones de incumplimiento contractual previo por parte del señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** y de contrato no cumplido.

(28) Sigue en turno el abordaje de la aspiración sexta (6ª) del escrito de reforma del líbello originador de este proceso. En ella se clama por una condena contra la

²⁹ "...SRA. RUÍZ: Bueno, porque igual los que operaban allá eran los gerentes de venta y de acuerdo a las informaciones de los gerentes de ventas habían muchas desavenencias de Luis Carlos Botero con ellos, porque igual estuvo primero un gerente que se llamaba VLADIMIR GONZÁLEZ y luego después otro gerente de venta que se llamada Édgar Rivera e igual los comentarios de ellos eran iguales, quejas como reclamos de clientes que no eran atendidos, el incumplimientos a los volúmenes de ventas, el incumplimiento a atender los clientes en sus necesidades, la falta no salía al mercado, un distribuidor tiene que salir al mercado un 60% para visitar clientes, para saber sus necesidades si él no sabía no se liquidaba a diario, no se consignada a diario etc. Eran las quejas que manifestaban..." (Folio 389 del Cuaderno de Pruebas).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

demandada principal, a pagar el impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) a cargo de la convocante, por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015); petición que cuantifica en QUINIENTOS VEINTIRÉS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$ 523.258.981.00) y que amerita las siguientes consideraciones:

28.1. Correspondiendo a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** pagar la expensa tributaria que por industria, comercio y avisos (I.C.A.) está en el epicentro de esta pretensión, para que la condena a su solución por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015) sea impuesta a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** tienen que concitarse los siguientes requisitos: **a.** Que entre estas personas exista un acuerdo por cuya virtud su cubrimiento sea asumido por la convocada; negocio jurídico convencional que, por gracia de la relatividad relacional de todo ente de esta condición, si bien eficaz entre sus autores, sería inoponible al Municipio de Pasto, acreedor de esa prestación, como tal legitimado para reclamar su pago únicamente a quien es su deudor, señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**. **b.** Que las deudas en cuestión se encuentran actualmente insolutas.

28.2. En punto de lo primero, esto es, de la asunción de este compromiso por parte del demandado principal, por acuerdo ajustado con su contraparte procesal, en el expediente no hay pieza documental explícita que coruscantemente acredite su existencia. Lo que sí pudo constatar este tribunal arbitral, basado en la calificada declaración del testigo **JUAN CAMILO ARELLANO**, quien a su cargo tuvo el manejo contable de los negocios del demandante principal, es que ante sus distribuidores en general y en el puntual caso del actor principal, su contrincante en este pleito pagaba esta prestación, para lo cual se efectuaban los movimientos de dinero requeridos para el efecto, de manera que, a la postre, el efecto económico de esta prestación tributaria terminaba soportándolo **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**; realidad que solo puede tener como explicación, que entre estas personas sí existía un acuerdo, a lo menos de forma comportamental, por efecto del cual esa práctica fue lugar común durante la existencia del relacionamiento contractual y de negocios que sostuvieron.

28.3. Revisada la documentación arrimada por las partes a los autos del proceso, a folios 113 a 123 y 271 a 276 del Cuaderno de Pruebas se aprecia con gran nitidez que no es tema problemático el pago del impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) a cargo del convocante, por los referidos años, pues ha sido atendido oportunamente; de lo cual da testimonio el Estado de Cuenta No

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

10268105, expedido el siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2.019), por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Pasto; certificado incorporado a los autos del proceso como anexo de la subsanación de la reforma de la demanda, obrante a folios 272 y 273 del Cuaderno de Pruebas.

28.4. Asunto enteramente distinto, es que en punto de los ciclos fiscales dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015), la Secretaría de Hacienda del Municipio de Pasto ha ejercitado sus poderes de fiscalización tributaria, dando apertura a sendos procesos³⁰; y que relativamente al año gravable dos mil trece (2.013), la autoridad tributaria administradora de este tributo territorial profirió declaración oficial de revisión³¹, modificando el valor del impuesto decantado en la declaración privada y liquidando la condigna sanción por inexactitud y los pertinentes intereses de mora; de lo cual se sigue que, ante el Municipio de Pasto – Secretaría de Hacienda, acorde con el material probatorio adosado al expediente, el asunto pendiente no es el pago del tributo por los supradichos años, el cual, a no dudarlo, ha sido declarado y pagado en tiempo, sino la definición de las incidencias que se sigan al ejercicio por esta autoridad pública, de sus competencias de fiscalización tributaria exhibidas con ocasión de los denuncios fiscales por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015), que no causaron firmeza por virtud de estas competencias fiscalizadoras, cuyas resultas están por definirse.

28.5. De lo anterior emergen las siguientes conclusiones probatorias y sustanciales: **a.** No está probada la existencia de las deudas tributarias cuyo impacto económico y financiero el actor principal pretende que por gracia de este laudo arbitral sea trasladado a la persona jurídica convidada a este proceso. **b.** Lo que sí está probado, es que en su contra ha estado avanzado una actuación fiscalizadora por parte de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Pasto, de la cual pueden resultar incidencias económicas perniciosas para el señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, por concepto de un mayor impuesto de industria, comercio y avisos (I.C.A.) por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015); sanción por inexactitud e intereses de mora. **c.** En ese estado de cosas, esta pretensión sexta (6ª) tampoco podrá ser despachada favorablemente al señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**. **d.** Las secuelas del ejercicio de sus competencias de fiscalización tributaria, por parte del Municipio

³⁰ En el Estado de Cuenta No 10268105, expedido el siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2.019), por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Pasto, se indican con precisión los números de los expedientes abiertos por esta dependencia pública, en ejercicio de estos poderes de revisión.

³¹ Número 239, del diecisiete (17) de febrero de 2.017.

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

de Pasto – Secretaría de Hacienda, tendrán que ser asumidas por el propio encartado, pues son suyas, no existe argumento alguno para colocarlas encabeza de sujeto de derecho distinto y porque algo así no hace parte de este pedido en estudio.

28.6. Resulta de lo anterior que, esta aspiración no será atendida en la parte resolutive de este fallo arbitral; y, que prospera la excepción que la convocada llamó “ausencia de obligación de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.** de asumir y pagar el impuesto ICA de la convocante”, de lo cual se hará mención en el mismo segmento decisorio.

(29) Ahora compete afrontar los pedidos subsidiarios, los cuales vienen propuestos en términos anfibológicos, pues habiendo sido incorporados al capítulo de los pedimentos llamados a considerarse ante la falta de prosperidad de los principales, esto es, en defecto de ellos, o lo que es igual, como subsidiarios, al ser presentado el que lidera el grupo, el que domina todo el conjunto, se dice que se propone, como “...*consecuencia de las pretensiones primera (1º), segunda (2º) y tercera (3º) principal...*”, es decir, como secuela de la prosperidad de estos últimos; de lo cual emerge la obvia dubitación, en el sentido de si en verdad estas pretensiones constituyen aspiraciones subsidiarias, como lo respalda el epígrafe del capítulo, o de aspiraciones consecuenciales, como se declara en la presentación del primero de ellos.

Siendo deber legal del fallador interpretar la demanda, y no sustrayéndose a él este tribunal arbitral, se procederá a dicho laborío hermenéutico, basado en las siguientes consideraciones: **a.** Cuando de pedimentos consecuenciales se trata, el relacionamiento existente entre los principales y los consecuentes está dominado por la regla de causalidad, en tanto y en cuanto que, estos últimos son secuela de la prosperidad de aquellos. Como quien dice, se necesita que los primeros prosperen, para que los otros fluyan como cosa natural, por ser incidencia que lógicamente se sigue a esa prosperidad. Esa relación causal, ciertamente existe entre los dos primeros pedidos principales y todos estos subsidiarios, porque estos últimos solo están llamados a estudio, siempre que aquéllos hayan prosperado, como en efecto ha ocurrido. **b.** En tratándose de pedidos subsidiarios, esa incidencia causal es por completo extraña. Aquí más bien domina la nota de incompatibilidad, pues lo que se propone en defecto de lo principal, solo es llamado a estudio frustrándose esto último, con lo cual está reñido. Este tipo de relacionamiento, en el asunto de autos, existe entre el pedido tercero principal, desestimado como ya se dijo, y todos estos pedimentos subsidiarios.

En conclusión, pese al defecto técnico que acusa en este aspecto el *petitum* de la demanda reformada, que ha hecho depender el abordaje de los pedidos subsidiarios de la prosperidad de los tres primeros principales, de los cuales solo dos son prósperos, se procederá a su análisis, entendiéndose que todos son, consecuenciales a los dos primeros del grupo de los titulares, y en subsidio del fracaso del tercero principal.

29.1. Por la primera (1ª) petición de este grupo, el actor principal aspira a una condena contra la entidad convocada, al resarcimiento de los daños materiales e inmateriales causados, entendiendo este tribunal que, por causa de incumplimiento contractual aludido en las súplicas principales; por la cuantía que se demuestre.

Una vez más, dándole un alcance razonado al libelo originador de este proceso arbitral, no cabe dudar que se trata de la pretensión de resarcimiento de daños por incumplimiento prestacional; en este caso, de obligaciones emergentes del contrato de intermediación comercial concertado entre las partes aquí en contienda.

Bien comprendida la estructura del *petitum* de la demanda, en su conjunto aspirante al resarcimiento de unos daños, fue diseñado de modo que inicialmente el resarcimiento se reclamase a través de la estipulación penal (prestación penal), y en defecto de ese primer intento, se obtenga vía reclamo de la llamada "indemnización ordinaria de daños".

29.1.1. La prosperidad de la pretensión indemnizatoria de perjuicios en el ámbito del incumplimiento del deber de prestación está sujeta a la acreditación de los siguientes requisitos: **a.** Ese especial hecho ilícito denominado incumplimiento. **b.** Culpa del infractor, cuando la prestación infringida sea de medios o actividad. Si la obligación no satisfecha es de resultado, por estar sometida al título de imputación llamado riesgo, no es del caso acreditar falta alguna. **c.** Un daño o perjuicio. **d.** Un nexo de adecuado de causalidad entre el incumplimiento y el daño. **e.** Mora del deudor infractor. **f.** Inexistencia de factores que demeriten el derecho a la reparación, como la prescripción liberatoria de la pretensión de resarcimiento o la caducidad de la acción o la aplicación de válidas estipulaciones contractuales que limiten o excluyan la responsabilidad del *reus debendi* inejecutor.

29.1.2. Pasada revista sobre los requisitos de prosperidad de toda súplica de reparación de perjuicios causados en el marco del incumplimiento, sin más disquisiciones ya es pertinente concluir que el pedimento en estudio tendrá que desestimarse, porque una vez más su desempeño en el ámbito del negocio contractual de intermediación mercantil que concertó con la convocada, antes

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

analizado en esta misma pieza decisoria, constitutivo de infracción contractual, acorde con el artículo 1.609 del Código Civil, impide que la condición de moroso sea asumida por la convocada, con lo cual, lo que por el contrario se abre paso es la excepción de contrato no cumplido planteada en la contestación de la demanda reformada, cuya prosperidad se declarará en la parte resolutive de esta decisión arbitral.

29.2. Baste lo anterior para desestimar esta primera (1ª) súplica subsidiaria, así como el pedido supletivo segundo (2º), que, por ser enteramente dependiente del anterior, ha de correr su misma suerte.

(30) Habiendo prosperado la excepción de contrato no cumplido, así como esa que la sociedad convocada apellidó ausencia de obligación de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.** de asumir y pagar el impuesto ICA de la convocante, siendo ambas suficientes para atajar todos los pedidos de su contraparte, no es del caso que se revisen los demás medios exceptivos alegados por esta última parte procesal, en su escrito de respuesta de la contestación de la demanda reformada.

**LAS PRETENSIONES ELEVADAS EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN -
LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS QUE CONDICIONAN SU PROSPERIDAD
- SU ANÁLISIS PUNTUAL:**

(31) Atrás se puntualizó que el convocado, en actitud de contraataque, en su demanda de mutua petición ha postulado tres pedidos meramente declarativos, consecuentes entre sí, a saber: que el acuerdo mercantil de intermediación fuente de la controversia fue efectivo hasta el siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016); que el contraatacado le debe SETENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE (\$ 74.009.635.00), por concepto de deudas dinerarias que asumidas por el reconvenido, emergentes del supradicho acuerdo de aprovisionamiento, siguen insolutas; y, que el encartado en vía de reconvencción debe pagarle los intereses moratorios causados por el principal debido, a la tasa máxima moratoria autorizada por la ley colombiana para créditos ordinarios de libre asignación, certificada por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**, por el periodo comprendido entre el primero (1o) de agosto de dos mil dieciséis (2.016) y la fecha en que se verifique el pago.

31.1. La primera (1ª) de estas aspiraciones se despachará favorablemente. Trata ella, del reconocimiento de un hecho, cual es que, el vínculo negocial trabado entre los que aquí conflictúan culminó el siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016);

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

evento que, por haber sido narrado exactamente en esos términos, en el hecho séptimo (7º) de la demanda reformada, no requiere de consideraciones probatorias adicionales, distintas a que ha sido confesado por el apoderado del extremo convocante (Código General del Proceso, artículo 193).

31.2. Exigente es el estudio del pedido segundo (2º), relacionado con la existencia de una obligación pecuniaria, a cargo de la demandada en reconvención, a favor de quien en mutuo pedido le demanda, por valor de SETENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE (\$ 74.009.635.00); porque con respecto a esta cuestión la discusión entre las partes está planteada en términos irreductibles, contando ambos extremos de la litis con elementos probatorios a su favor, en derredor de los cuales deberá optarse por los de alguno de ellos; siendo postura de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** que esa prestación fue extinguida por pago, con ocasión de la terminación del contrato origen de la pendencia, aportando en prueba de ello un paz y salvo datado nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2.016), que cuenta con la firma de **JHON FABER MOLINA RODRÍGUEZ**, representante legal de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**³²; y, proponiendo la convocada, sin negar la expedición de esta declaración documentada en la que se dice estar extinguida esa deuda, que esta última aún subsiste, pues el actor principal nunca ejecutó atribuciones patrimoniales a título de pago, explicándose la existencia del paz y salvo, por el hecho de que la deuda en cuestión fue asumida por el señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**, por acuerdo entre el asuntor de la deuda y el deudor, con el beneplácito del acreedor, es decir, mediante un contrato atípico de asunción de deuda, que ciertamente, en un inicio, descargó al deudor del compromiso obligacional, el cual, a él retornó, al ser incumplido por **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**.

31.2.1. A este tribunal arbitral no le queda duda de que hasta la fecha **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** no ha sido satisfecha con respecto a este derecho crediticio. En otros términos, la evidencia probatoria que reposa en los autos de la actuación procesal es abrumadora en el sentido de que jamás ha habido ejecución prestacional encaminada a la extinción de esta deuda. En este sentido son armónicas, contestes, coherentes y responsivas las versiones de los testigos **LUIS FELIPE INSUASTY**, **JHON FABER MOLINA RODRÍGUEZ**, **DIANA JIMÉNEZ** y **NIDIA RUÍZ**; y en especial la experticia rendida por el perito contable señor **CRISANTO CARO LADINO**, quien previa consulta de la documentación contable de ambas partes ha presentado conclusiones

³² Folio 17 del Cuaderno de Pruebas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

probatorias como las siguientes: a. "...Revisados y analizados los libros de contabilidad de Industria Nacional de Gaseosas S.A., los días 8, 9, y 10 de junio de 2.016, no se evidencian pagos por conceptos distintos al precio del suministro de bebidas gaseosas..."³³. b. "...Evidencié, que al día 8 de junio de 2016, en los libros de contabilidad de Industria Nacional de Gaseosas S.A., aparecen registrados los siguientes saldos a favor de Industria Nacional de Gaseosas S.A., por concepto de préstamos en dinero para vehículos de trabajo y primas de seguros, así: Saldos por vehículos al 8 de junio de 2016: \$ 57.594.966.00. Saldos por seguros (primas) al 8 de junio de 2016: \$ 2.400.511.00. Total: \$ 59.995.477.00...."³⁴. c. "...Evidencié, que en el mes de junio de 2016, en los libros de Industria Nacional de Gaseosas S.A., no aparecen abonos a la cuenta por cobrar del señor Luis Carlos Botero Restrepo, realizados por terceros (Luis Felipe Insuasty Palacios)"³⁵.

31.2.2. Ahora bien, que la compañía reconviniendo no haya sido atendida en su expectativa crediticia no comporta fatalmente que sea el reconvenido quien tenga que asumir el pago de este crédito dinerario, pues en el plenario es también abundante la prueba en el sentido de que entre **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** y el señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS** se concertó un acuerdo por efecto del cual, con el asentimiento del acreedor³⁶, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, la obligación en cuestión fue colocada en cabeza de **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**³⁷, tercero a esta litis; acuerdo que, a no dudarlo, modificó la persona del deudor, dejando de serlo el

³³ Página 2 del dictamen pericial (Folio 437 del Cuaderno de Pruebas).

³⁴ Página 3 del dictamen pericial (Folio 438 del Cuaderno de Pruebas).

³⁵ Página 4 del dictamen pericial (Folio 439 del Cuaderno de pruebas).

³⁶ La irrefutable prueba documental, del asentimiento prestado por la convocada a ese cambio de deudor, fluye del paz y salvo que a favor del convocante expidió con fecha nueve (9) de junio de 2.016 (Folio 17 del Cuaderno de Pruebas); porque la emisión de este escrito solo se explica en cuanto y en tanto que asintió, que estuvo conforme, que adhirió al acuerdo de cesión de deuda celebrado por el demandante principal con el señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**.

³⁷ "...SR. INSUASTY: No, la propuesta se la hice yo al señor Luis Carlos Botero el señor no hizo ninguna propuesta simplemente estaba de espectador estaba acompañándonos esa fue netamente entre el señor Luis Carlos Botero y yo, entonces el señor John Faber me dijo sí esa es la deuda Felipe usted se hace cargo le dije que sí efectivamente...." (Declaración testimonial de **FELIPE INSUASTY PALACIOS**. Folio 404 Cuaderno de Pruebas).

"...SRA. RUÍZ: Sí hubo acuerdo y se sentó, incluso yo estuve ahí presente cuando se sentó con John Faber Molina y el pagó inclusive él no quedó debiendo plata de la cuenta corriente, de saldos, de nada, inclusive la deuda que tenía se la pasaron a Felipe....y él hizo una carta a mano alzada asumiendo la deuda de Botero..." (Declaración testimonial de **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**. Folio 391 Cuaderno de Pruebas).

También la declaración testimonial de **JOHN FÁBER MOLINA** ilustra a este respecto.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

reconvenido, para entrar en su relevo el mencionado tercero; contrato a la postre también infringido por **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**³⁸, como lo reconocieron varios testigos, entre ellos **LUIS FELIPE INSUASTY**, **JHON FABER MOLINA RODRÍGUEZ** y **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**; cuadro circunstancial que genera dudas con respecto a la identidad del sujeto pasivo (*reus debendi*), cuya dilucidación impone precisar cuál es la naturaleza jurídica de dicho negocio jurídico y qué consecuencias ha tenido su infracción por el deudor originario, en punto de la identidad del sujeto pasivo de este relacionamiento obligatorio.

31.2.3. Para comenzar, descártese que ese negocio jurídico sea de condición novatoria. Ciertamente, como se pregona desde las reformas que en Derecho Bizantino fueron introducidas a la novación (*novatio*) (Justiniano I. 3.29.3. y Código 8.41.8.), para que se entienda que este modo extintivo de las obligaciones ha tenido ocasión, es condición que las partes hagan explícita su intención de novar (*animus novandi*), porque en ausencia de esta declaración manifiesta, debe entenderse que no hay una obligación que venga en relevo de la anterior, sino una acumulación obligacional (Código Civil, artículo 1.693), cuya naturaleza jurídica dependerá de los otros contenidos negociales por los contratantes involucrados en la negociación.

De consiguiente, el que se escruta, en su naturaleza jurídica no corresponde a un contrato de delegación perfecta o delegación novatoria (inciso segundo (2º), numeral tercero (3º), artículo 1.690, Código Civil), cuyo rasgo tipificador consisten en que, por acuerdo entre los deudores, primitivo y nuevo, y el beneplácito del acreedor, la deuda que era de cargo del primero de ellos, es relevada por otra, que el deudor de reemplazo asume.

31.2.4. Definido como está que, ese contrato que se evalúa no es de corte novacional, porque no produjo la extinción de la deuda en cuestión, para ser sustituida por otra; y que es efecto del concierto de los deudores, antiguo y nuevo, respaldado por el acreedor, hay que convenir en que se trata de un contrato de cesión de deuda (asunción de deuda), caracterizado por los siguientes rasgos: a. Modificación de la persona del deudor, por acuerdo entre el primitivo y el nuevo

³⁸ Contundentes a este respecto son los correos electrónicos a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** enviados por **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**; inicialmente apremiándole a cumplir y luego de ello manifestándole su malestar por el incumplimiento del acuerdo (Folios 236 y siguientes). La información contenida en estos mensajes electrónicos es perfectamente consistente con las declaraciones testimoniales del mismo **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**, de **JHON FABER MOLINA** y **NIDIA RUÍZ GÓMEZ**.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

reus debendi. **b.** Subsistencia de la relación obligatoria que, por virtud de la cesión, no experimenta degradación alguna o desaparición. **c.** Asentimiento del acreedor, quien manifiesta su beneplácito con el novísimo deudor.

En resolución, **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, deudor primitivo; **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**, nuevo deudor, e **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, acreedor, consintieron en un contrato de cesión o asunción de deuda, en mérito del cual se modificó el extremo pasivo de la relación obligatoria de siempre, que no fue pasada por modo extintivo obligacional alguno.

31.2.5. Ese acuerdo de asunción de deuda, a diferencia de lo que acontece en Derecho Alemán, cuyo Código Civil (B.G.B., artículo 414) regula esta figura, es en Derecho Colombiano un contrato atípico legal, porque carece de un estatuto o normatividad que lo desarrolle. Por tal razón, la ley no ha impuesto para él una forma en particular, por lo cual es susceptible de perfeccionarse bajo cualquiera de las formas conocidas en el tráfico jurídico. En otras palabras, es un negocio jurídico de forma libre y, por ende, en el caso de autos, bien podían las partes celebrarlo como lo hicieron, esto es, de modo verbal o palabra, ajustándolo inicialmente el anterior y el nuevo deudor y acto seguido asintiendo el acreedor, y sin sujeción o sometimiento a solemnidad alguna.

En suma, este contrato de asunción de deuda existe, pues tiene un contenido y no adolece de defectos de forma.

Ahora, considerando que, no se aprecian en este acuerdo vicisitudes de las cuales pueda deducirse alguna figura de ineficacia negocial, como falta de idoneidad de su objeto por defectos de licitud, determinabilidad o posibilidad; fraude pauliano, ilicitud de los móviles o motivos inductores, vicios volitivos, ausencia de causa función o agravio patrimonial, no es incorrecto concluir que es eficaz y como tal llamado a producir efectos negociales estables; amén de oponibles a sus tres partícipes, en cuanto y en tanto que, no se observan defectos en el presupuesto legitimación negocial.

Conclúyase pues que, el acuerdo de cesión de deuda en cuestión existe, es eficaz y provocó que la deuda respecto de la cual la demandante en reconvención solicita su reconocimiento en cabeza del demandante principal, fuera eficazmente desplazada hacia el señor **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**.

31.2.6. En el expediente es abrumadora la prueba en el sentido de que el actor central en este proceso no cumplió el apuntado contrato de cesión de deuda, pues

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

no procedió a transferir sus activos empresariales a **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**; compromiso que era de su resorte, según ese contrato asuncional, por lo demás contraprestacional al asumido por el asuntor o nuevo deudor de la deuda cedida.

Las declaraciones testimoniales de los testigos **LUIS FELIPE INSUASTY, JHON FABER MOLINA RODRÍGUEZ, DIANA JIMÉNEZ y NIDIA RUÍZ** son claras, armoniosas entre sí, además de espontáneas y responsivas.

31.2.7. De acuerdo con la Teoría General del Contrato, el solo incumplimiento de una de las partes, por grave y relevante que sea, no destruye el ente contractual y por ello estos sujetos no son automáticamente restablecidos a la condición que ostentaban previamente a la génesis del acuerdo.

Para que por causa de la infracción contractual ese retorno al *statu quo ante* sea practicable, es condición que la entidad contractual sea desmontada por efecto de su resolución, ya se trate de la judicial de que tratan los artículos 1.546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, previo pedido en ese sentido y siempre que sea admisible ese pedido resolutorio; o de una cláusula acordada por las partes, al modo de contenido accidental del contrato, por cuya virtud el aniquilamiento del ente negocial se produzca sin necesidad de intervención judicial, siempre que, eso sí, el marco de las circunstancias avale la legalidad de dicha estipulación.

En la concreta situación en derredor de la cual se provee en este laudo, la resolución judicial es pretensión que contra este acuerdo asuncional ninguna de las partes ha elevado, no pudiendo este tribunal proveer de oficio, no sin agredir el principio de la congruencia o consonancia; como que, una cláusula de efectos resolutorios automáticos no se conoce que haya sido acordada por los contratantes del multicitado contrato de cesión de deuda.

31.2.8. Por lo tanto, si bien el convocante no cumplió el contrato de asunción de deuda que ajustó con **LUIS FELIPE INSUASTY PALACIOS**, el traslado que del pasivo en cuestión ocasionó ese acuerdo hacia este señor sigue incólume, pues un efecto resolutorio de ese contrato hasta la fecha no ha producido la apuntada infracción contractual, de lo cual se sigue que la obligación de la cual trata esta pretensión segunda (2ª) de la demanda de mutua petición, sigue en cabeza de su cesionario y hasta la fecha no ha retornado al actor principal, motivo por el cual este pedido no podrá ser resuelto benévolamente para su petente.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

31.3. Siendo la pretensión tercera (3ª) de la demanda de reconvención, dependiente de la prosperidad de la anterior, al desestimarse esta última, tendrá aquélla que declararse fracasada.

31.4. En lo que respecta con la aspiración cuarta (4ª) del petitum del líbello de contrademanda, como su esencia es la misma de la segunda (2ª), puesto que también aboga por declaración en el sentido de que **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** debe a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE (\$ 74.009.635.00), por las mismas razones que han justificado que se desestime esta última, tiene que rechazarse aquélla.

**OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO, CONTENIDA EN LA DEMANDA
ARBITRAL REFORMADA**

(32) En su escrito de respuesta de la demanda arbitral reformada, la parte convocada objetó la estimación que bajo juramento la convocante efectuó respecto de sus pretensiones de contenido patrimonial, principales y subsidiarias. Siendo puntuales, glosó el valor estimado como monto de la penalidad acordada en la Cláusula Décima Quinta (15ª) del documento contentivo del acuerdo mercantil de distribución que a las partes en su momento relacionó; objetó la cuantía de la suma de dinero reclamada por concepto de Impuesto de Industria, Comercio y Avisos (I.C.A.), a cargo del actor principal, por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015); y, cuestionó el guarismo pretendido subsidiariamente, a título de indemnización ordinaria de daños, tanto el segmento del daño emergente, como en el del lucro cesante; observaciones que, por añadidura, al haber sido debidamente razonadas, esto es, propuestas con ejercicio de la razón y con explicación del por qué las cifras bajo juramento estimadas no cuadran a la lógica formal y/o a las circunstancias relevantes en el proceso, relevan que fue por el objetante cumplida la carga procesal consistente en que, se *"...especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación..."* (Código General del Proceso, artículo 206); en mérito de lo cual, se imponen el estudio y la consideración de estas manifestaciones de la convocada, como objeciones que son al juramento estimatorio en cuestión; por lo tanto, atribuirles los méritos jurídico y demostrativo que por ende tienen, que no son otros que, destruir el valor probatorio provisorio que en principio ostenta toda estimación jurada; y autorizar su escrutinio en punto de si merecen o no recibir las reprimendas dispuestas en el inciso cuarto (4) y en Parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, modificados por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014.

(33) Habiendo estas objeciones sido propuestas con cumplimiento de la carga procesal consistente en que las de su tipo sean razonadamente expuestas, es decir, con indicación de los argumentos que sustenten la versión acorde con la cual la cuantía jurada de la prestación en cuestión no cuadra a las circunstancias, se concluye que, la acreditación de las prestaciones cuyo reconocimiento solicita el actor principal, principales y subsidiarias, y que correspondan a esas respecto de las cuales el artículo 206 del código procesal civil vigente admiten el juramento estimatorio como medio de prueba, cae bajo la regla general en materia de carga de la prueba, que reclama que sea quien algo pide quien pruebe los fundamentos de hecho que respaldan su pedido (*onus probandi incumbit actori*).

(34) Dicho lo anterior, ahora el análisis se abre a la cuestión pertinente a si debe o no en este asunto darse aplicación a las sanciones establecidas en el inciso cuarto (4º) y en el Parágrafo del artículo 206 del estatuto de enjuiciamiento civil, modificados por el artículo 13, de la Ley 1.743 de 2.014; pasajes conforme a los cuales, en su orden, *"...Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien la hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada..."* (cuarto (4º) inciso); y, *"...También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas..."* (Parágrafo); para lo cual convienen las consideraciones siguientes:

34.1. El régimen de carga de la prueba (*onus probandi*) excepcional, regulado en el artículo 206 del Código General del Proceso, no aplica a toda prestación. Solamente lo hace en materia de obligaciones dinerarias por concepto de resarcimiento de daños (indemnizaciones), compensaciones, frutos y mejoras.

El acreedor que reclama el reconocimiento de cualquiera otra prestación pecuniaria no goza del beneficio probatorio consignado en dicha norma legal y por ende queda sujeto a la regla acorde con la cual al actor compete probar todos los presupuestos de su pretensión (*actori incumbit probatio*), entre ellos, desde luego, la existencia y la cuantía de la prestación reclamada,

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

Así las cosas, las pretensiones de la demanda reformada, que abogan por una condena contra la demandada principal, al pago de una penalidad contractual (*stipulatio poena*) y al pago del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos (I.C.A.) a cargo del convocante, por los años dos mil trece (2.013), dos mil catorce (2.014) y dos mil quince (2.015), están al margen del sistema especial de prueba establecido en la indicada norma procesal. Por lo tanto, en punto de condenas que giran en torno a prestaciones como las anteriores, se sigue que, el reclamante asume la carga de probar su existencia y su cuantía, no existe en cabeza del demandado carga de objetar el guarismo que el petente les asigne, en orden a evitar que tal cuantificación quede en firme, y no compete al fallador analizar y decidir si se aplica o no el sistema de sanciones establecido en el inciso cuarto (4º) de la multicitada norma del régimen procedimental, pues sencillamente no es del caso darle aplicación, al no ser aplicable el supracitado artículo del régimen procesal civil.

También al margen del sistema probatorio excepcional que se comenta está la prueba de los daños extrapatrimoniales, los cuales, por su naturaleza, no son susceptibles de estimación pecuniaria, de manera que, bien hace el inciso sexto (6º) del artículo citado, en explícitamente excluirlos de dicha regulación.

Comentario adicional y aparte merece la prestación penal (*stipulatio poena*), con miras a precisar las razones por las cuales no está incurso en el régimen especial de prueba vertido en el artículo 206 del Código General del Proceso: **a.** Primeramente, porque la pena convencional no tiene naturaleza ni función exclusivamente indemnizatoria. Esta prestación, como lo acepta la literatura especializada, solo en parte cumple fines de resarcimiento. En su mayor porción, frente al deudor cumple funciones de sanción, castigo e incitación a pagar cabal y oportunamente. Por lo anterior, el *reus debendi* infractor, para quitarse de encima el compromiso de pagarla, no es admitido a acreditar que la inejecución no ha damnificado al acreedor o que por el contrario le ha sido benefactora (Código Civil, artículo 1.599). Ergo, no se puede considerar la pena como una prestación indemnizatoria. **b.** En segundo término, porque esta prestación tiene su propio y especialísimo régimen en materia de carga de la prueba, esbozado en el artículo 1.599 del estatuto civil, conforme al cual, el acreedor, cuando cobra la pena, no tiene que probar nada distinto que la estipulación que la consigna.

Dicho lo anterior, queda claro que, el escrutinio que avanza está llamado a concentrarse en la pretensión primera (1ª) subsidiaria, en la cual el señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** reclama de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** el resarcimiento de los daños ordinarios que manifiesta haber padecido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante),

como extrapatrimoniales, entre estos últimos, en concreto, el llamado daño moral (*pretium doloris*); análisis del cual, liminarmente tiene que excluirse este último, el *pretium doloris*, por su condición extrapatrimonial, que por ende hace que no sea susceptible de tasarse en dinero, como expresamente lo manifiesta el artículo 206 del Código General del Proceso.

34.2. Las penalidades establecidas en el artículo 206 del Código General del Proceso evidencian notables diferencias, a saber: **a.** La del inciso cuarto (4º), se aplica cuando la prestación estimada bajo juramento fue acreditada en su existencia, pero ha habido exceso en su estimación, esto es, que el guarismo bajo juramento estimado, supera el monto probado más su cincuenta por ciento (50%). Dicho de otro modo, se acreditó la prestación, pero la diferencia existente entre lo jurado y lo probado supera el límite legalmente tolerado. La del parágrafo, aplica cuando ni siquiera ha sido acreditada su entidad y por esa causa la aspiración en procura de su reconocimiento fracasó. **b.** El monto de la sanción es distinto. En el primer caso, equivale al diez por ciento (10%) de la diferencia entre el monto jurado y lo estimado; en el segundo, es del cinco por ciento (5%) del guarismo estimado bajo juramento³⁹. **c.** La del inciso cuarto (4ª) puede ser aplicable aún en caso de haber prosperado la pretensión. La del parágrafo jamás, pues su supuesto de hecho es justamente que la aspiración se desestimó por falta de prueba de la prestación juramentada. **d.** En tratándose de la aflicción consignada en el parágrafo de esta regla legal, el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014, avalado por la decisión consignada en el fallo C-157 de 2.013, introdujo como condición de aplicabilidad, que la falta de demostración de la existencia de la prestación postulada encuentre su origen en la culpa de la parte procesal. Por el contrario, la otra sanción, la del inciso cuarto (4º), es objetiva y no consulta factor subjetivo alguno de imputación.

34.3. Tanto los comentaristas del Código General del Proceso, como la jurisprudencia constitucional, explican con claridad que el régimen sancionatorio diseñado en la norma legal de marras cumple un propósito moralizador, pues con base en él se sanciona al litigante que de mala fe, o de modo ligero, o sin mayor pudor, con desprecio de la lealtad debida a su contraparte y al aparato judicial del Estado, engrandece desmesuradamente la dimensión cuantitativa de las

³⁹ En su literalidad, no es esto lo dicho en ese inciso cuarto (4). Allí se ha dispuesto que, la base de la liquidación del castigo es el monto de lo "...pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas...". No hace sentido que de esa base hagan parte otras pretensiones patrimoniales que contenidas en la demanda fueron correctamente estimadas bajo o juramento o que no lo fueron por no ser susceptibles de este medio de prueba. La comprensión correcta no puede ser otra que, la sanción se liquida con base en el valor estimado de la pretensión no demostrada en su existencia.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

pretensiones admitidas al régimen probatorio especial consagrado en esa norma legal⁴⁰.

Esa naturaleza afflictiva castigadora que ostentan estas sanciones justifica su aplicación en casos como los siguientes, en los cuales, alguno quisiera o estuviera interesado en discutir si procede o no su aplicación, a saber: **a.** Cuando el litigante ha propuesto pretensiones principales y subsidiarias, y tanto del lado de aquéllas, como de éstas, se han emitido estimaciones juradas que exceden el margen tolerado; situación en el cual, un contradictor alegaría que no es practicable sancionar tanto con respecto a las unas, como en torno a las otras, pues no vienen formuladas de modo cumulativo; alegato ante el cual, al enfatizarse los fines de preservación de la lealtad procesal, con razón, se contraargumentará que, al haberse cometido varias faltas, una con ocasión de cada estimación extravagante, a cada caso corresponde su consecuente reprimenda; salvedad hecha de la siguiente situación: cuando la misma pretensión ha sido elevada en ambas orillas y en ambos casos acusa la misma cuantificación desmedida; especie en la cual tiene que respetarse la regla que inhibe que por la misma falta se castigue doblemente (*non bis in idem*), ; **b.** Cuando el litigante, habiendo del mismo modo estructurado el *petitum* de la demanda, esto es, acumulando pedidos principales y supletorios, solamente del lado de estos últimos se ha incurrido en la falta en cuestión; especie en la cual el contradictor afirmará que no puede aplicarse sanción con respecto al pedimento subsidiario, si no existe falta del lado del principal; a lo que se replicará que, falta es falta, cualquiera sea el grupo en el que se le haya situado.

En resolución y descendiendo a la especie litigiosa entremanos, se impone estudiar si en relación la pretensión primera (1ª) subsidiaria, exceptuando de ella el sector referente a la estimación jurada del daño moral (*pretium doloris*), hay o no mérito

⁴⁰ “...Frente a las sanciones previstas en el juramento estimatorio (artículo 206 de la Ley 1564 de 2012) la Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas. Dichos objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano. Ha dicho además que estas están fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia...” (...) Su razón de ser es la transparencia y lealtad en el reclamo que, en su beneficio, hace la parte interesada por los conceptos señalados, al fijar el monto solicitado en una suma concreta que estima con juramento y que está dispuesta a probar si hay lugar a ello, pues de comprobarse que la cuantía estimada resulta desproporcionada por exceder el porcentaje indicado en la norma, el peticionario no actuó conforme a principios de lealtad y buena fe en su reclamo, conducta que se reflejará en una multa a favor de la contraparte...” (Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2.016).

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

para aplicar alguna de las sanciones dispuestas en la norma procesal tantas veces mencionada.

34.4. La convocante, al postular el pedido primero (1º) subsidiario, implorando por un resarcimiento del perjuicio ordinario, ha estimado el daño en emergente en SETECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 700.000.000.00), que dijo corresponder al valor de su establecimiento de comercio; y el lucro cesante en CUATROCIENTOS TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$ 403.521.664.00); pertinente a la utilidad mensual de la que dijo haber sido privado, al no contar con su hacienda o fondo de comercio, durante el intervalo siete (7) de junio de 2.016, hasta la data de presentación de la demanda; para un total de MIL CIENTO TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$ 1.103.521.664.00).

El daño emergente no ha sido acreditado, ni en mínima parte. En el expediente no hay rastro de la existencia de un establecimiento de comercio titularidad de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, y menos de uno que tenga un valor de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 700.000.000.00). En fin, tanto la prueba de la existencia de este bien mercantil, como la de su valor, brillan por su ausencia en el expediente.

Ahora bien, consultada la causa de esta orfandad demostrativa, baste recordar que la actividad probatoria del convocante, en procura de la acreditación de estos tópicos, ha sido francamente inexistente. Memórese que, en la demanda reformada, en un apartado titulado PERITAJE, la demandante principal aludió a una pericia, a cargo de la compañía **GMF S.A.S.**, para efectos de tasar el valor de ese fondo de comercio; prueba que este tribunal de arbitraje en su auto de pruebas no accedió a practicar, en consideración a la ambigüedad del pedido y a que no atinaba a precisar si se trataba de un dictamen de parte que se estuviera anunciando, o de uno judicial cuya práctica se estuviera solicitando; amén de impertinente, como quiera que, aun estimado el valor de esa hacienda mercantil, esa valoración no tendría incidencia alguna en las resultas del proceso, considerando el tema por decidirse, entre otras motivaciones; auto contra el cual esta parte en litigio no interpuso recurso alguno, dejando con ello colegir su conformidad con lo decidido.

Es pues evidente la absoluta ausencia de gestión de parte, en orden a la prueba del perjuicio alegado como daño emergente y a la demostración de su cuantía; lo cual impide a este tribunal arbitral exculparle por este lamentable resultado, o lo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

que es igual, dar aplicación a la causal de inculpabilidad consignada en el inciso final del artículo 206 del Código General del Proceso, introducido por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014, a cuyo tenor, se repite, avalado por el fallo C- 157 de 2.013, *"...La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte"*.

Con todo, este Tribunal Arbitral no proferirá orden de pago de la sanción dispuesta en el apuntado Párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, introducido por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014, porque su texto es coruscante en que, para su procedencia, es condición que, *"...se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios..."*; lo cual no acontece en esta especie litigiosa, en la cual son otras las motivaciones que explican la frustración de los pedidos que consignados en la demanda reformada no han recibido acogida en esta pieza.

En cuando al lucro cesante y su valor, el que fuera estimado por el convocante, tal como lo recuerda en la exposición de su estimación jurada, encuentra su prueba en la comunicación del siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016), por la cual **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** comunicaba a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** su decisión de poner fin al vínculo negocial que les ligaba; escrito en el cual la propia convocada, explicando el sentido común de la suma de dinero que allí mismo manifestaba estar dispuesta a pagar a su contraparte, hace una cuantificación del lucro cesante mensual que padecería el demandante principal; cuantificación en la cual este último se apoyó para estimar juradamente el monto de dicho lucro cesante.

De consiguiente, la sanción de que trata el Párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, subrogado por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014, a la postre, no se aplicará en este caso, ni sobre la partida pertinente al daño emergente, ni sobre la atañedora con el lucro cesante.

COSTAS – HONORARIOS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

(35) Ahora, se proveerá en derredor de costas procesales (agencias en derecho y otros gastos) y honorarios y gastos de administración del proceso. Para ello, se considera:

TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)

35.1. Dispone el artículo 365 – 1 del Código General del Proceso, que contra quien pierda el proceso se emita condena en costas (agencias en derecho y otros gastos), las cuales, manda el artículo 362 inciso final de la misma obra, deben ser tasadas de manera objetiva y verificable en el expediente; y, ordena el artículo 27 de la Ley 1.563 de 2.012, que en el laudo arbitral se disponga lo que corresponda en punto del reembolso de las partidas que por concepto de honorarios y gastos de administración las partes hayan abonado.

35.2. Manda el artículo 366-4 del Código General del Proceso, que para la fijación de agencias en derecho se apliquen las tarifas aprobadas por el Consejo Superior de la Judicatura, siendo las vigentes las consignadas en el Acuerdo PSAA16-10554, del cinco (5) de agosto de 2.016, que indican que, para procesos declarativos de única instancia, con pretensiones de contenido pecuniario, procede que por agencias en derecho, sobre el monto de lo pedido, a discreción del fallador se aplique un porcentaje que oscile entre el cinco por ciento (5%) y el quince por ciento (15%) de lo pedido.

Como quiera que, no prosperaron, ni las pretensiones de la demanda principal, ni las de la demanda de reconvención, cada parte ha salido victoriosa frente a las pretensiones de su contraparte; por ende, de un lado se liquidarán agencias en derecho a favor de la parte convocante y luego las que corresponden a la convocada; hecho lo cual, se efectuará la debida compensación, que arrojará un valor líquido a cargo del litigante que ha sido mayormente vencido; optándose por la aplicación de un porcentaje del cinco por ciento (5%), que se aplicará sobre el monto de las pretensiones principales de cada cual.

Procediendo del modo indicado, ascendiendo las pretensiones principales de la demanda principal a DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS MCTE (\$ 2.281.740.981.00), compete a cargo de su autor, por agencias en derecho, la suma de CIENTO CATORCE MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS CON CINCO CENTAVOS MCTE (\$ 114.087.049.05); y, ascendido los pedidos estimables en dinero consignados en la demanda de mutua petición, a SETENTA Y CUATRO MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE (\$ 74.009.635.00), las costas a cargo de quien esta pieza elaboró, la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS MCTE (\$ 3.700.481,75); de modo que, al compensarse estos créditos recíprocos, resulta a cargo de **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, por razón de agencias en derecho, la suma de CIENTO DIEZ MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA CENTAVOS MCTE (\$ 110.386.567.30).

35.3. Acreditado como está en el expediente que, a cuenta del dictamen pericial confeccionado por el perito contador CRISANTO CARO LADINO, cada una de las partes sufragó DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$ 2.500.000.00), **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** reembolsará a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$ 2.300.000.00); reintegro que le compete, pues la derrota que padeció aquél, es mucho más cuantiosa que la padecida por la parte convocada.

35.4. Compete memorar que, durante la etapa procesal destinada a la consignación de las partidas dinerarias por este panel arbitral decretadas por concepto de honorarios y gastos de administración, la convocante las sufragó en un cincuenta por ciento (50%) y la convocada la otra mitad, es decir, cada una depositó CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL CUATRO PESOS MCTE (\$ 58.805.004.00).

Como la parte convocada ha sido derrotada en una cuantía que es mínima comparativamente con aquella en que lo ha sido la convocante, se impone que no se le reintegre el ciento por ciento (100%) de lo que en su momento sufragó por el concepto que se analiza. Así, se condenará a **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** a reembolsar a **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 56.000.000.00).

35.5. No se encuentran acreditados otros gastos en los cuales las partes hayan incurrido y deban ser trasladados a la otra.

PARTE RESOLUTIVA

Con fundamento en las consideraciones antecedentes, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - Se declara que, **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** e **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** perfeccionaron un contrato de suministro, efectivo desde el diez (10) de mayo de dos mil trece (2.013).

SEGUNDO. - Se declara que, **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** incumplió dicho contrato.

TERCERO. - Se niega la pretensión tercera (3ª) de la demanda principal.

CUARTO. - Se niega la pretensión quinta (5ª) de la demanda principal.

QUINTO. - Se niega la pretensión sexta (6ª) de la demanda principal.

SEXTO. - Se niegan las pretensiones primera (1ª) y segunda (2ª) subsidiarias, de la demanda principal.

SÉPTIMO. - Prosperan las excepciones de incumplimiento contractual previo por parte del señor **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, excepción de contrato no cumplido y de ausencia de obligación de **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.** de asumir y pagar el impuesto ICA de la convocante.

OCTAVO. - Se declara que, el contrato de suministro celebrado entre **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)** y **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO** estuvo vigente hasta el siete (7) de junio de dos mil dieciséis (2.016).

NOVENO. - Se niega la pretensión segunda (2ª) de la demanda de reconvención.

DÉCIMO. - Se niega la pretensión tercera (3ª) de la demanda de reconvención.

DÉCIMO PRIMERO. - Se niega la pretensión cuarta (4ª) de la demanda de reconvención.

DÉCIMO SEGUNDO. - Se condena al convocante **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, a pagar a la convocada **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, por concepto de agencias en derecho, la suma de CIENTO DIEZ MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA CENTAVOS MCTE (\$ 110.386.567.30); y por

**TRIBUNAL ARBITRAL DE LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO Vs INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.
(INDEGA)**

concepto del peritaje contable, la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$ 2.300.000.00); las cuales deberán ser pagadas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo.

DÉCIMO TERCERO. - Se condena al convocante **LUIS CARLOS BOTERO RESTREPO**, a reembolsar a la convocada **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. (INDEGA)**, por concepto de honorarios del tribunal arbitral y gastos de administración, la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 56.000.000.00); sumas que deberán ser pagadas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo.

DÉCIMO CUARTO. - No hay condena a cargo del convocante, por conceptos asociados al artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2.014.

DÉCIMO QUINTO. - Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de Ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO SEXTO. - Declarar causados los honorarios del árbitro único y del secretario, únicamente en lo correspondiente al cuarto (4º) contado. El presidente del tribunal procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición, para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



ÉDGAR AUGUSTO RAMÍREZ BAQUERO
Árbitro Único



MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ
Secretaria